

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

TESIS PRESENTADA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTORA EN
DERECHO POR LA LICENCIADA **MARTA FERNÁNDEZ CABRERA**

DIRECTORES:

DR. D. JOSÉ LUÍS DÍEZ RIPOLLÉS CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

DR. D. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL




UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA 2017



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Marta Fernández Cabrera

 <http://orcid.org/0000-0002-3540-2523>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer
obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de
Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

*A mis padres, por su apoyo incondicional sin el cual no hubiera
sido posible la defensa de esta tesis.*

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.....	5
INTRODUCTION	14
CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	23
1.1 Introducción.....	24
1.2 El bien jurídico desde un punto de vista externo a la Administración: la confianza de la sociedad en su correcto funcionamiento.....	29.
1.3 El bien jurídico de los delitos contra la Administración pública desde un punto de vista interno a la misma.....	33
1.3.1 Los deberes del cargo como bienes jurídicos	34
1.3.2 La función pública como bien jurídico común a todas las figuras del Título XIX	41
1.3.2.1 Recurso al pensamiento de la acumulación.....	49
1.3.2.2 El recurso a la teoría de los bienes jurídicos intermedios	52
1.3.3 Los principios que garantizan el funcionamiento de la Administración pública como bienes jurídicos	57
1.4 El principio de imparcialidad como bien jurídico protegido del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y la lesividad de los ataques contra el mismo	58
1.4.1 La distinción de la imparcialidad de otros conceptos similares	60
1.4.2 La imparcialidad del funcionario como garantía procedimental de satisfacción de los intereses generales	65
1.4.3 El principio de imparcialidad como objeto lesionable	70
1.5 La conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos como delito de lesión.....	79
CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA	83
2.1 Introducción.....	84
2.2 El principio de imparcialidad en la actuación administrativa a luz del principio de fragmentariedad.....	88
2.3 La modalidad de ataque de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos a la luz del principio de fragmentariedad	95
2.3.1 Ataques consistentes en un mayor desvalor de acción	97

2.3.1.1 El dolo como elemento subjetivo	97
2.3.1.2 La modalidad de ataque consistente en infringir el deber de abstención a través de una conducta activa	99
2.3.1.3 Los motivos-causas de abstención más relevantes.....	103
<i>A) Tener un interés personal en el asunto</i>	<i>104</i>
<i>B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo o una relación matrimonial o de análoga afectividad con cualquiera de los interesados en el procedimiento</i>	<i>106</i>
2.3.1.4 La infracción del deber de abstención y su comparación con otras modalidades de ataque al bien jurídico	109
2.3.2 Ataques que constituyen un mayor desvalor de resultado: la conducta de negociaciones prohibidas como un delito de lesión	111
2.4 La conducta de negociaciones prohibidas a la luz del principio de subsidiariedad o <i>ultima ratio</i>	114
2.4.1. Análisis del nivel externo de la subsidiariedad: eficacia de las medidas no penales	122
2.4.1.1. Medidas preventivas genéricas del Derecho administrativo	125
<i>A) El régimen de incompatibilidades</i>	<i>125</i>
<i>B) La abstención y recusación.....</i>	<i>129</i>
2.4.1.2. Medidas preventivas específicas del ámbito de la contratación pública	133
2.4.1.3 Medidas sancionadoras previstas en el derecho administrativo..	139
2.4.1.4 Conclusión.....	147
2.4.2 Análisis del nivel interno de la subsidiariedad; eficacia del Derecho penal	149
2.4.2.1 Análisis sobre la idoneidad del Derecho penal	149
2.4.2.2 Nivel e intensidad de la violencia punitiva estatal necesaria....	154
CAPÍTULO 3: EL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS.....	159
3.1 Introducción.....	160
3.2 Evolución histórica.....	161
3.3 Tipo objetivo	173
3.3.1 Sujeto activo	173
3.3.1.1 Sujeto que interviene efectivamente en el asunto administrativo	174
3.3.1.2 El sujeto que interviene oficialmente	175
3.3.1.3 Sujeto que realiza una intervención relevante	180
<i>A) Sujeto que emite un informe</i>	<i>183</i>

<i>B) Sujeto que decide</i>	190
3.3.2 La conducta típica	193
3.3.2.1 Intervenir oficialmente en un asunto con la intención de procurarse una participación en el mismo	193
3.3.2.2 La relación de la conducta típica con la infracción del deber de abstención	200
3.3.2.3 “forzar o facilitarse una participación” como finalidad a conseguir por el autor y no como conducta típica	208
3.3.2.4. La obtención del interés (la participación) del propio asunto en el que interviene	213
3.3.2.5 El ámbito de intervención	217
3.4 Tipo subjetivo	219
3.4.1 El dolo	219
3.4.2 El elemento subjetivo de lo injusto	221
3.4.2.1 Elementos subjetivos de lo injusto identificados en la doctrina y en la jurisprudencia	221
3.4.2.2 Forzar o facilitarse una participación como elemento subjetivo de lo injusto	225
3.4.2.3 El tipo de participación: “directa o por persona interpuesta”	230
3.4.3 La prueba de la existencia del dolo	235
3.5 Conclusiones	237
CAPÍTULO 4: PROBLEMAS CONCURSALES DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	241
4.1 Introducción	242
4.2 Concurso con el delito de fraudes ilegales del artículo 436 del Código penal	245
4.3 Concurso con el delito de malversación del artículo 432 del Código penal	253
4.4 Concurso con el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal	260
4.5 Concurso con el delito de tráfico de influencias del artículo 428 del Código penal	286
4.6 Concurso con los delitos de cohecho pasivo previsto en los artículos 419 y 420 del Código penal	289
CONCLUSIONES.....	293
CONCLUSIONS	328
BIBLIOGRAFÍA.....	345

INTRODUCCIÓN



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

INTRODUCCIÓN

1. Objetivo de la investigación

El fenómeno de la corrupción ha suscitado un especial interés por parte de la opinión pública en los últimos años. Para comprobarlo no hay más que acudir a las encuestas del CIS, donde el fraude y la corrupción aparecen desde 2008 entre las principales preocupaciones sociales de los españoles. Este cambio de percepción del problema se ha traducido en continuas demandas por parte de la ciudadanía a los poderes públicos con la intención de que respondan de forma contundente y eficaz frente al mismo. Probablemente, la situación de crisis económica, que ha supuesto un empobrecimiento general de la ciudadanía española, ha contribuido a que ésta sea más sensible a los efectos nocivos que irroga este tipo de delincuencia. Y como resulta habitual ante cualquier preocupación social, el legislador ha transformado dichas demandas sociales en sucesivas reformas penales.

Desde el punto de vista penal el cambio de percepción del problema no sólo se ha vislumbrado en la aparición de reformas legislativas, sino también en una nueva actitud por parte de los jueces a la hora de afrontar el problema. Desde 2010 se puede constatar claramente la existencia de una línea jurisprudencial tendente a modificar o abandonar muchos de los argumentos que los tribunales venían esgrimiendo para absolver a este tipo de delincuentes. La crisis económica ha permitido confirmar un giro jurisprudencial en el tratamiento que los tribunales otorgan a este tipo de delitos, especialmente de aquellos cuya consumación no exige la existencia de un perjuicio económico para el erario público o la obtención de un beneficio de este tipo para el sujeto activo. El aumento de la conciencia social sobre la importancia de la corrupción ha dado lugar a que se produzca un notable incremento del número de condenas en este tipo de delitos, lo que contrasta con la situación anterior a la crisis económica donde las posibilidades de ser procesado y condenado eran realmente escasas. Buena prueba de la escasa atención que suscitaban tradicionalmente los delitos contra la Administración pública es el hecho de que durante mucho tiempo el funcionamiento incorrecto de la Administración se consideraba como un mal endémico y los casos de corrupción difícilmente salían a la luz o, si salían, raramente causaban revuelo en la opinión pública.

Expuesto el contexto sociológico de la investigación, la presente tesis doctoral pretende analizar el delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos previsto en el artículo 439 del Código penal. A pesar de que se trata de un delito contra

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

la Administración pública inserto en el fenómeno de la corrupción, el delito objeto de estudio no ha seguido exactamente la misma evolución que el resto de los previstos en el Título XIX. Aunque fue levemente reformado en 2010 y como consecuencia de la crisis ha visto aumentado el número de condenas respecto al mismo, el tipo penal objeto de estudio ha pasado inadvertido tanto para la doctrina como para los tribunales a lo largo de este tiempo. A pesar de ello, es uno de los delitos de corrupción más antiguos del Código, siendo el de 1822 el primero en incorporarlo. Esto significa que su objetivo políticocriminal es sancionar abusos del cargo que han sido considerados dañinos desde siempre y que su aparición en el ordenamiento jurídico no se vincula a nuevas modalidades delictivas que requieran una adaptación del ordenamiento penal o a nuevas demandas sociales de expansión. Asimismo, se trata de una conducta típica que no sólo suscita un reproche penal en el Derecho español, sino que también aparece sancionada en ordenamientos jurídicos extranjeros como el italiano, el portugués, el francés y algunos latinoamericanos.

Sin embargo esta figura delictiva ha sido objeto de escasa atención por parte de la doctrina española, siendo exiguo el número de monografías y artículos dedicados al mismo. Tampoco ha suscitado una mayor atención por parte de los tribunales, pues han sido escasos los pronunciamientos que han recaído sobre el mismo. No obstante, la ausencia de un papel relevante como objeto de estudio en lo académico y en lo jurisprudencial contrasta con la frecuente denuncia por parte de los medios de comunicación de los beneficios administrativos que experimentan determinadas empresas familiares participadas por representantes electos (alcaldes y concejales, diputados provinciales, consejeros de comunidades autónomas, etc...) o por sus familiares tras su paso por la política, así como de otras conductas que encajan a la perfección en este precepto. Este contraste entre la dejadez doctrinal y jurisprudencial y lo habitual de este tipo en la práctica es un factor que pone de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un estudio pormenorizado del tipo penal.

Otro de los motivos que convierten en necesario llevar a cabo un estudio pormenorizado de este delito es el hecho de que la conducta típica haya sido durante mucho tiempo cometida sin necesidad de ocultación, con el consentimiento tácito de los ciudadanos, pues esto incrementa el riesgo de que pasen de ser meros casos coyunturales y aislados para convertirse en una corrupción de carácter estructural, estable y con raíces profundas en el Estado de Derecho. La apariencia de legalidad con la que se ha cometido

INTRODUCCIÓN

durante mucho tiempo este tipo penal se ha visto favorecida por el hecho de que, a diferencia de otros tipos penales, el delito de Negociaciones prohibidas no va encaminado a sancionar la obtención de un beneficio patrimonial por parte del funcionario, la producción de un perjuicio económico para la Administración pública o la adopción de una decisión manifiestamente ilegal. La no aparición de ninguno de estos resultados como consecuencia de la consumación del delito ha dado lugar a que los efectos nocivos que irroga dicha conducta en el sistema social sean más difíciles de percibir tanto por los ciudadanos como por los jueces. Por ello, la hipótesis de trabajo es que la falta de conciencia sobre la gravedad de la conducta objeto de estudio ha hecho que a todos los niveles, tanto legislativo como en la aplicación (persecución y enjuiciamiento), existan factores que dan lugar a un déficit en su represión.

A la dificultad de percibir los efectos dañosos que aparecen como consecuencia de la conducta, se le suman otros factores que pueden haber contribuido al abandono doctrinal y jurisprudencial de este tipo penal. Uno de ellos es la redacción del tipo incorporada tras la promulgación del Código penal de 1995, que modificó considerablemente la redacción de 1973, consiguiendo, por un lado, el efecto de incorporar un tipo penal confuso que exige un esfuerzo interpretativo para extraer la conducta típica. Otro de los efectos de la nueva redacción fue la limitación del sujeto activo y de la conducta típica, lo que impidió que pudiera ser aplicado a los supuestos criminológicamente más habituales en la práctica. Esta modificación legislativa sumió al tipo penal en un ostracismo aplicativo que ha sido relativamente reparado tras la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, a día de hoy, el precepto sigue sufriendo las consecuencias de haber estado durante mucho tiempo en situación de fuera de juego de la praxis judicial pues, como se expone a lo largo del trabajo, todavía los tribunales siguen aplicando otras figuras con carácter preferente.

Tampoco ha contribuido a una mayor aplicación del delito el hecho de que la escasa doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el mismo haya abogado claramente por la eliminación de este precepto en el Código penal. Así, hay un sector que ha considerado que el objeto tutelado no es relevante o que la conducta por el precepto tipificada no tiene entidad suficiente como para merecer un reproche penal, vulnerando así el principio de fragmentariedad. Otro de los argumentos esgrimidos es que la conducta no debe ser sancionada a través de este tipo penal debido a que existen otros mecanismos

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

dispuestos, sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo, para evitar o disuadir este tipo de supuestos de hecho con un menor coste, por lo que la regulación de esta conducta en el Código penal atentar contra el principio de subsidiariedad o ultima ratio. Finalmente, hay quienes consideran que si el delito de Negociaciones prohibidas debe quedar al margen del Código penal es por el hecho de que otras figuras delictivas del mismo Título ya abarcan el injusto por ésta contemplado, por lo que su previsión específica sería innecesaria teniendo en cuenta que ya se prevén por el Código penal los delitos de Tráfico de influencias, Cohecho o Prevaricación.

Los problemas expuestos podrían inclinarnos a pensar que lo más lógico es proponer la eliminación de este tipo penal en un sector, como es el de los delitos contra la Administración pública, que se presenta aparentemente saturado de conductas típicas. No obstante, el principio del legislador racional¹ me obliga a partir de la premisa de que éste persiguió algún propósito con la promulgación de la norma, por lo que antes de apostar por la supresión de este precepto es conveniente realizar un estudio en profundidad de los argumentos esgrimidos para comprobar si efectivamente se apoyan en datos empíricos o si, por el contrario, obedecen a opiniones superficiales de la doctrina no suficientemente contrastadas.

Dicho esto, en la presente tesis doctoral pretendo abordar los diversos problemas vinculados con el delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos desde una perspectiva dogmática y politicocriminal. Desde un punto de vista políticocriminal pretendo analizar si el delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos respeta los principios de la intervención penal y si, por consiguiente, debe formar parte legítimamente de este sector del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, trataré de llevar a cabo un análisis dogmático del precepto tal cual está redactado en el artículo 439 del Código penal, interpretando sus términos de acuerdo con los principios penales previamente analizados y siempre con la intención de que pueda ser aplicado a los supuestos de hecho más habituales en la práctica. No obstante, en caso de que esto último no sea posible sin vulnerar el principio de legalidad, propondré reformas de *lege ferenda* que permitan una mejor adaptación del precepto a la realidad que criminológicamente trata de abordar.

¹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº10, 1991, págs. 101-120.

2. Enfoque metodológico

Como se comprobará a lo largo de toda la investigación, el enfoque metodológico adoptado es el teleológico-funcionalista. Este permite conjugar y armonizar la orientación del Derecho penal hacia las ciencias sociales prestando especial atención a los principios informadores del *ius puniendi* propios de un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución. La principal ventaja del mismo es que permite acudir al criterio de la dañosidad social que, sobre una base empírico social, responde a la cuestión sobre qué conductas deben ser prohibidas por el ordenamiento e indirectamente, permite conocer cuáles son los bienes jurídicos a los que se debe dispensar protección penal. Así, para saber si un objeto merece protección por el Derecho penal hay que atender a las razones por las que es valorado socialmente, a los propósitos a los que sirve. Para ello hay que desentrañar la función social que éste ejerce en un sistema. En este sentido, es el método teleológico funcionalista, nos permite aproximarnos de manera aséptica al funcionamiento del sistema social, pues dada su neutralidad valorativa, dicho método es el mejor para llevar a cabo descripciones precisas de la realidad social y jurídica.

Con la intención de conocer qué efectos nocivos causan las conductas objeto de estudio en el sistema social, el enfoque metodológico adoptado me ha obligado a acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico. El subsistema objeto de análisis, la Administración pública, es de carácter normativo, por lo que para conocer qué aspectos son funcionales o disfuncionales al mismo se ha acudido, en primer lugar, a la Constitución, donde aparecen las líneas maestras reguladoras de la institución pública. Pero además, se ha recurrido también al Derecho administrativo, donde en segundo término se regula el funcionamiento del sistema social objeto de análisis y se desarrollan los principios establecidos en el texto constitucional. En este sector del ordenamiento jurídico ha sido especialmente necesario acudir a la normativa que regula el procedimiento, sobre todo el de contratación pública, pues este es el sector sobre el que más sentencias de este tipo penal han recaído.

El recurso a otros sectores se ha de hacer para obtener criterios axiológicos a partir de los cuáles se precise el contenido del bien jurídico o para comprender determinados elementos típicos como el sujeto activo o la conducta. Esto no implica renunciar a la búsqueda de criterios penales propios, simplemente significa que el Derecho penal no puede castigar conductas sin saber qué efectos producen en el sistema de origen. Además

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

del ordenamiento jurídico de referencia, no debemos olvidar que mantener una verdadera perspectiva sociológica implica acudir, cuando esto sea posible, a estudios empíricos que revelen la lesividad de determinadas conductas.

En definitiva, por orientarnos hacia el funcionamiento de un sistema social determinado, el enfoque metodológico empleado es el más adecuado para el análisis del Derecho penal en general, pero resulta imprescindible para aproximarnos a los intereses de titularidad colectiva, como es el caso del presente trabajo de investigación, en la medida que estos suelen hacer referencia al funcionamiento de determinadas instituciones reguladas normativamente como la Administración pública, la Administración de Justicia, etc. De esta forma, dicho método nos permite desentrañar el funcionamiento de un sistema social orientándonos hacia la realidad social y no hacia el mundo de las ideas o los valores. Sólo concebido de este modo, el bien jurídico se erige como un instrumento eficaz para llevar a cabo una función limitadora del *ius puniendi*.

Además de las precisiones metodológicas acabadas de exponer, es necesario añadir que aunque a lo largo de la investigación se lleven a cabo tangencialmente comparaciones del tipo penal español con otros tipos penales similares previstos en ordenamientos jurídicos extranjeros, ni el objetivo del trabajo ni la metodología empleada en el mismo será la de realizar un análisis de Derecho comparado, por lo que a lo largo de la presente investigación no se pondrá en práctica el método propio de esta rama de conocimiento.

3. Estructura

Coincidiendo con los objetivos político criminal y dogmático, la presente tesis doctoral consiste se dividirá en dos partes que albergarán dos capítulos cada una. La primera se corresponde con los capítulos uno y dos e irá destinada a responder si desde un punto de vista político criminal el delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos debe estar contemplado legítimamente en el Código penal a la luz de los principios de su intervención. En la segunda parte, que se corresponde con los capítulos tres y cuatro, se llevará a cabo un estudio dogmático del precepto. En el tercero concretamente se analizará el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la figura delictiva prevista en el 439 del Código penal realizándose una exégesis de la confusa redacción en el mismo prevista. Por su parte, en el cuarto, se tratarán los problemas concursales que plantea este tipo penal con respecto a otras similares para tratar de responder con claridad

INTRODUCCIÓN

a la pregunta sobre si efectivamente hay otras figuras delictivas que cubren la posible laguna de punibilidad que dejaría la posible eliminación del delito objeto de estudio.

En el primer capítulo, se averiguará si efectivamente tras la prohibición penal prevista en el artículo 439 del Código penal hay un bien jurídico legítimo, es decir, un objeto de la realidad social que merezca ser protegido a través de este sector del ordenamiento cuyo menoscabo produzca efectos indeseables en el sistema social. El bien jurídico es para muchos la piedra angular de la teoría jurídica del delito y está llamado a cumplir una función político criminal de legitimación de los tipos penales, y otra dogmática, de interpretación de los mismos. Una prohibición penal no se legitima únicamente pero sí en primer lugar por la existencia de un bien jurídico legítimo, por ello su correcta identificación debe ser el primer paso de la investigación. El principal reto respecto al bien jurídico del delito de Negociaciones prohibidas no es simplemente su identificación, pues la mayoría de la doctrina coincide en que es el principio de imparcialidad el objeto de tutela de este delito, sino diferenciarlo de otros conceptos similares, así como identificar adecuadamente su lesión y los efectos nocivos que irroga en el sistema.

En el segundo capítulo, una vez llegado a la conclusión de que el objeto de tutela protegido por el delito de Negociaciones prohibidas es legítimo, el siguiente paso para saber si nos encontramos con una prohibición penal justificada es analizar el precepto a la luz de los principios de la intervención mínima, es decir, fragmentariedad y subsidiariedad. El principio de fragmentariedad elabora un juicio doble que responde a las cuestiones relativas a qué bienes puede incorporar legítimamente el Derecho penal y frente a qué ataques contra éstos puede reaccionar. Por su parte, el segundo principio de la intervención mínima, el de subsidiariedad o *ultima ratio*, trata de agotar los medios de control social menos lesivos disponibles tanto fuera como dentro del ordenamiento jurídico antes de recurrir al Derecho penal. El mismo se asienta sobre la idea de que el Derecho penal sólo debe intervenir cuando fracasen otros medios de solución social del conflicto. El principio de fragmentariedad tiene un contenido ético vinculado con la idea de merecimiento de pena, mientras que, por su parte, el principio de subsidiariedad, de carácter utilitarista, se relaciona con la idea de necesidad de pena. Por su contenido de justicia, la fragmentariedad cobra un peso mayor y su análisis se ha de llevar a cabo con anterioridad a cualquier juicio de carácter utilitario.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Esta parte de la investigación es especialmente importante, pues hay un considerable sector doctrinal y jurisprudencial que ha señalado en reiteradas ocasiones que las conductas que sanciona el tipo penal objeto de estudio no constituye un atentado suficientemente grave contra el bien jurídico o que las mismas podrían ser evitadas a través de las medidas preventivas o sancionadoras previstas en el Derecho administrativo. De hecho, ha sido una práctica habitual por parte de los tribunales penales desviar la sanción al ámbito administrativo donde la respuesta se ha percibido efectivamente como más adecuada. Por ello, el objetivo principal de este capítulo será el de responder si realmente este tipo de argumentos obedecen a un análisis exhaustivo sobre la idoneidad y eficacia de todos los medios de control social en juego o, por el contrario, son producto de opiniones superficiales que se basan a menudo en la idea de la ineficacia crónica del Derecho penal.

Una vez resueltas las cuestiones políticocriminales, habrá que girar la vista al precepto tal y como está configurado en el artículo 439 del Código penal para realizar un análisis dogmático. Dicho esto, el siguiente paso consistirá en llevar a cabo una exégesis de los elementos del tipo de esta figura delictiva con el objetivo de dar sentido a los términos confusos en los que se redacta el precepto penal. Esta labor interpretativa se llevará a cabo con la intención de que el precepto pueda ser aplicado a los supuestos a los que criminológicamente más se cometen en la práctica y a los que políticocriminalmente va dirigido, respetando siempre los principios penales. No obstante, cuando ello no sea posible sin vulnerar el principio de legalidad, se llevarán a cabo propuestas de *lege ferenda*.

En último lugar, en el capítulo cuatro, se tratarán los problemas concursales que surgen como consecuencia de la aplicación de este tipo penal a la práctica y que constituye uno de los principales inconvenientes tanto del precepto objeto de estudio como del resto de los delitos frente a la Administración pública. La regulación de este precepto en el Código penal no sólo ha sido cuestionada por la falta de gravedad de la conducta o la suficiencia de otros medios de control social menos restrictivos de Derechos fundamentales, sino porque el injusto que pretende evitar ya está contemplado en otras figuras delictivas, lo que convertiría la sanción de esta conducta en un precepto en ilegítima por innecesaria. Con el objetivo de saber si esta crítica es cierta o si, por el contrario, el delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tiene un espacio aplicativo propio se profundizará sobre los problemas concursales que plantea

con otros delitos previstos en el Título XIX como los delitos de Fraude, Malversación, Cohecho, Tráfico de influencia y Prevaricación.

INTRODUCTION

1. Aim of the Research:

The phenomenon of corruption has been of special interest to the public in recent years. The surveys by the CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas or Sociological Research Centre) show this clearly - since 2008, fraud and corruption have shown up as among the principal social concerns of Spaniards. This change in perception of the problem has translated into continual demands from the public that the authorities' response to these crimes be robust and effective. The financial crisis, which has caused an overall loss of earnings and increased poverty levels in Spain, has probably contributed to making the public more sensitive to the damaging effects of this type of criminality. As is usual when social concerns arise, legislators have responded to these demands with a series of reforms to the criminal law. Following the promulgation of Organic Law 5/2010 and Organic Law 1/2015, this sector of the law has incorporated new criminal types of corruption, have expanded behaviors already sanctioned in the Penal Code and have increased the penalties of most from them.

The change in the public perception of this problem has not only been transformed into legislative reform, but has also changed the courts' attitudes to the problem. The financial crisis has confirmed the existence of a shift in the jurisprudence around the courts' handling of this type of crime, especially in cases where the perpetrator causes no financial loss and does not benefit financially. The increased social awareness of the importance of corruption has given rise to a considerable increase in the number of convictions for this type of crime. This is in contrast to the situation before the financial crisis, when the likelihood of being taken to court and convicted of this type of crime was very low. In fact, crimes against the public administration have traditionally been of little concern to legislators or the courts, to the extent that the fact that public authorities and the civil service did not operate correctly was considered an endemic evil, and cases of corruption rarely came to light, or if they did, they rarely caused a public outcry.

Having explained the sociological context of the research, this doctoral thesis

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

aims to study the crime of "Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants". Although this is a crime against the Public Administration and part of the phenomenon of corruption, this crime has not followed exactly the same evolution as others defined under Title XIX. Despite the fact that it was slightly reformed in 2010 and, as a consequence of the crisis, the number of convictions has increased since 2010, the crime defined in article 439 of the Criminal Code has escaped the reforming process applied to this sector. The crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants is one of the oldest crimes of corruption in the Code. In fact, it was the 1822 Code that first included this crime. This means that its aim, in terms of criminal law policy, is to punish abuses of office that have always been considered damaging, and that its appearance in the Code is not linked to new criminal methods or types of crime that require that criminal law be adapted, nor to new and more extensive public demands. This criminal behavior is punishable, not only under Spanish law but also by foreign legal systems such as the Italian, Portuguese and French systems, and in certain Latin American countries.

This offense has nevertheless been given little attention by Spanish legal commentators - there have been few papers and articles on the subject. Nor have the courts paid it much attention, since few rulings regarding this offense have been handed down. However, the fact that it has not been significant as a subject of jurisprudence or academic study contrasts with the frequent complaints in the media about the increased wealth of certain family firms in which former elected representatives (mayors and town councillors, provincial deputies/councillors, regional ministers of most autonomous regions, etc) take an active part after leaving power, and about other behaviors that are covered by this law. This contrast, between the neglect of this crime by legal and academic commentators and its usual treatment in practice, highlights the need to make a detailed study of this offense.

Another reason why it is necessary to make a detailed study of this offense is the fact that the criminal conduct has, for a long time, been committed without any need to hide it, and with the tacit consent of the public, since all this increases the risk that this offense will pass from being merely isolated and circumstantial to become a type of corruption that is structural and stable with roots extending deep into the Constitutional State. The appearance of legality with which, for a long time, this behavior has been committed, has been based on the fact that, unlike other offenses that

INTRODUCCIÓN

are more settled in the conceptual world of legal and academic commentators, the crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants does not aim to punish the obtaining of material advantage by a civil servant, the causing of financial loss to the public purse or the adopting of a decision that is manifestly illegal. Because the crime may not necessarily result in any of these outcomes, its damaging effects are more difficult for judges, and indeed, the public, to perceive. The working hypothesis is that the lack of awareness of the seriousness of the behavior being studied has meant that, at all levels, both legislative and in the application of the law (prosecution and sentencing), there are factors that give rise to inadequacies in enforcement and reducing the incidence of these crimes.

The difficulty in perceiving the damaging effects resulting from the offending behavior combines with other factors that may have contributed to this offense being overlooked by legal and academic commentators. One of these is the drafting of the description of the offense that was incorporated when the 1995 Criminal Code was enacted, which considerably modified the 1973 text. On the one hand, this had the effect of incorporating a confused description of the offense that requires considerable effort to interpret and to extract the criminal conduct it is intended to describe. Another of the effects of the new text was that it places limitations on the perpetrator and the criminal conduct, and these prevented it being applied to the cases that most commonly occur in practice. These amendments to the law left the offense of Forbidden Negotiation in a type of limbo in terms of applying the law. This situation has been partly remedied by LO 5/2010 (the Organic Law of 2010 amending the 1995 Law on the Criminal Code). The legal precept in question, however, does continue to suffer the consequences of having been sidelined in terms of jurisprudence, since, as will be shown throughout this thesis, the courts continue to prefer to apply other categories of offense.

Another factor that has contributed to the offense being prosecuted infrequently is that the few examples of legal or academic commentaries written on the subject have clearly argued, on various grounds, that the legal precept in question should be deleted from the Criminal Code. There is therefore a sector that has considered that the purpose protected by the law is not significant, or that the behavior described in the precept is not sufficiently important to merit criminal sanction, thus breaching the Principle of the Accessorial/Secondary Nature of Criminal Law (*principio de fragmentariedad*), which

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

states that Criminal Law is only a part of the legal system. Another of the arguments made is that the behavior should not be punished by using this offense, since other mechanisms have been provided, especially in Administrative Law, to prevent or discourage this type of behavior at a lower cost, and that the fact that this behavior is governed by the Criminal Code goes against the *ultima ratio* or last resort principle. Finally, there are those who consider that, if the offense of Forbidden Negotiations should be removed from the Criminal Code, it is because other crimes defined under the same Title already that cover the criminal behavior it describes, so specifically providing for this offense would be unnecessary if one takes into account the fact that behaviors such as influence peddling and bribery are already subject to criminal sanctions.

The problems described above might incline us to think that the most logical decision would be to propose that this offense be eliminated from the sector of crimes against Public Administration, which appears to be "saturated" with definitions of criminal behaviors. One must, however, take into account that the Principle of the Rational Legislator must take precedence². This obliges us to start from the premise that the legislator pursued some rational aim in enacting the law², and therefore, before proposing that an offense be deleted, it is appropriate to make a detailed analysis, in order to test whether the arguments made in jurisprudence and commentaries are based on reliable, empirical information or whether, on the contrary, they rely on superficial opinions which cannot be defended as having any scientific validity.

Given the above, in this thesis I aim to tackle the various problems related to the crime of Negotiations Forbidden to Public Officials and Civil Servants from two perspectives. Firstly, from the perspective of criminal law, I intend to analyse whether the crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants complies with the principles of criminal intervention (i.e. the principles on which the criminal law system should act), and should therefore legitimately form part of this sector of the legal system.

I would secondly aim to make an analysis, in terms of legal dogma, of the precept exactly as it is provided for in article 439 of the Criminal Code, interpreting its

² ATIENZA, M Y RUIZ MANERO, J. "Sobre principios y reglas", *"On Principles and Rules in DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* no.10, 1991, page 105.

terms in accordance with the principles of criminal law, with the intention that it may be applied in practice to the most usual circumstances, and proposing *lege ferenda* reforms for those points for which the text of the law does not allow for an interpretation in accordance with those principles.

2. Methodological approach

As will be seen throughout the dissertation, the methodological approach adopted is the teleological-functionalist. This method harmonizes the orientation of criminal law towards the social sciences, paying special attention to the reporting criminal principles of a rule of law. The main advantage of it is that uses the criterion of social damages or harmfulness. This empirical criterion answers the question about what behaviors have to be punished by criminal law. The answer to this question reveals indirectly which are the legal goods which legal goods deserve protection in criminal law. Thus, in order to know whether a legal good deserves criminal protection, it is necessary to take into account the reasons for which it is socially valued, the purposes it serves. To carry out this task is important to unravel the social function that legal goods realize in the social system. Accordingly, this method allows us to approach aseptically to the functioning of the social system. Given its neutrality, this method is best to carry out accurate descriptions of social and legal reality.

With the intention of knowing what harmful effects cause the behaviors under study in the social system, the methodological approach adopted has forced me to handle with other branches of the legal system. The public administration, under research, is a social system of a normative nature. This is the reason why to know its functional or dysfunctional aspects it is necessary to come, first, to the Constitution. In the Spanish Constitution appear the main lines of the regulation of the Public Administration. In addition, I have also used the administrative law, which is the branch of law that regulates the public institution. It has been particularly necessary to study the norms concerning to the public procurement procedure because it is the sector on which the most judgements of this offense exist.

The incursion in other sectors has been made to obtain axiological criteria from which the content of the legal good is specified. Also to understand certain typical elements of the criminal code provision such as the offender or criminal behavior. It does not imply giving up searching for specifically criminal criteria, it simply means that

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

criminal law cannot punish conducts without knowing what effects they produce in the system of origin. Moreover, maintaining a true sociological perspective implies, whenever possible, empirical studies that reveal the damage of certain behaviors. Also, maintain a true sociological perspective implies, whenever possible, to use available empirical studies.

Definitely, because this method orient us towards the functioning of a social system, is the most appropriate for the analysis of Criminal law and it is essential to approach the collective legal good because they usually refer to the normatively regulated institutions. In this way, this method serves to unravel the functioning of a social system oriented to social reality and not to the world of ideas or values. Only conceived in this way, the legal good stands as an effective instrument to carry out a limiting function of *ius puniendi*.

A further precision on the method used it is necessary to carry out further clarification. Although throughout the dissertation I compare the offense provided in the Spanish criminal Code with other criminal offenses provided in other countries, it does not mean that this is a comparative law study. Therefore, the comparative law method will not be used.

3. Structure

Coinciding with the objectives political criminal and dogmatic, the structure of this doctoral dissertation will be carried out in two parts that will have two chapters each. The first corresponds to chapters one and two and will analyze whether, from a political and criminal point of view, the offense of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants must be legitimate considered. To carry out this task I will analyze the criminal offense in the light of the criminal law principles. In the second part, corresponding to chapters three and four, I will carry out a dogmatic study of the article 439 of Spanish criminal Code. In relation specifically to the third chapter, I will study the objective type and the subjective type of the criminal figure provided. In the fourth part, I will deal with the concurrency problems.

In the first chapter, I will investigate whether, after the criminal prohibition provided for in article 439 of the Spanish Criminal Code, exists a legitimate legal good, an object that comes from the social reality that deserves criminal protection. The legal

INTRODUCCIÓN

good is for many authors the cornerstone of the legal theory of the crime and it fulfills a criminal political function (legitimizing function) and another dogmatic (interpretative function). A criminal prohibition is not only legitimate but first because of the existence of a legitimate legal good, therefore its correct identification must be the first step of the research. The main challenge with respect to the legal good of this offense is not simply its identification, because the whole doctrine agrees that it is the principle of impartiality. The main problem is adequately identify its injury and identify the harmful effects that it inflicts on the system.

In the second chapter, in order to know if we are faced with a justified criminal prohibition the next step is to analyze the precept in light of the principles of minimum criminal law (Fragmentariness and subsidiarity). The principle of fragmentarity elaborates a double judgment. The first try to answer to questions of which legal goods can legitimately incorporate the Criminal law and the second, it about against which attacks against the legal good can Criminal law legitimately react. The second principle, subsidiarity or *ultima ratio*, intends that the legislator to use the less harmful means of social control available before resorting to Criminal law. The principle of fragmentarity has an ethical content linked to the idea of deserving punishment, while the principle of subsidiarity, of an utilitarian nature, is related to the idea of need for punishment. Due to its justice content, the principle of fragmentarity takes on a greater weight and its analysis must be carried out prior to any judgment of utilitarian nature.

This part of the research is especially important because there are authors who have repeatedly pointed out that the crime of Forbidden Negotiations to Public Officers does not constitute a sufficiently serious attack against the legal good. In addition, the doctrine has insisted in the idea of the criminal conducts punished can be deter or suppress through other mechanisms. In fact, criminal courts have often diverted this offense to administrative courts. The main objective of this chapter will be to answer whether these types of arguments really comes from a deep analysis of the suitability and effectiveness of all existing means of social control or, on the contrary, these arguments are based on superficial opinions rather empirical arguments.

Solved the political-criminal questions, it will be necessary to turn the view to the article 439 of the Spanish Criminal Code to carry out a dogmatic analysis. In this section I will carry out a study of the elements of the type of this penal provision in order to give meaning to the confusing terms in which it is written. This interpretive work will be

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

carried out with the intention that the precept can be applied to the criminological assumptions most common in practice. However, where this is not possible without infringing the principle of legality, proposals from a *lege ferenda* perspective will be realized.

Finally, in chapter four, I will solve the concurrence problems that arise because of the application of this criminal provision to the practice and which constitutes one of the main disadvantages of all the crimes against the Public Administration. It is important to carry out this task because there are authors who consider that the conduct punished by the article 439 of the Spanish Criminal Code is already provided for in other similar criminal offenses. It would convert this article into an unnecessary provision in the legal system. With the objective of knowing if this criticism is true or if, on the contrary, the crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants has an own application space I will go into this subject of the concurrence problems. To do this task I will analyze the application problems that this precept poses respect others in Title XIX

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y
LESIVIDAD DEL DELITO DE
NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICO

1.1 Introducción

La mayoría de la doctrina considera el bien jurídico como la piedra angular de la teoría jurídica del delito, reconociéndole funciones dogmáticas de interpretación y sistematización de los tipos penales pero también otras de carácter político criminal. Las dogmáticas son enumeradas con mayor o menor detalle por la doctrina pero raramente son cuestionadas, situándose la polémica doctrinal en torno a su función limitadora de la intervención penal. Su ineficacia frente al fenómeno de expansión penal en el que nos encontramos inmersos ha dado lugar a que autores españoles y alemanes hayan negado este carácter crítico³. En los tiempos que corren, el legislador crea cada vez más tipos penales, amplía otros, agrava los ya existentes o protege realidades poco precisas o de dudosa relevancia para la convivencia social. Por ello, hay quien considera que se trata de una teoría obsoleta, que si bien en su momento sirvió para eliminar del Derecho penal bienes jurídicos meramente morales, en la actualidad no es capaz de enfrentarse con éxito a los problemas político criminales modernos.

La supuesta crisis de este elemento obedece en algunos casos a concepciones erróneas del mismo que de una forma u otra lo configuran como un instrumento inútil, formal, dependiente de la voluntad del legislador o como vigencia fáctica de la norma, impidiéndole llevar a cabo cualquier función de contención del *ius puniendi*⁴. En otros, el fracaso de este instrumento obedece a la ausencia de argumentación empírico-social por parte del legislador o de la doctrina que refrende la dañosidad social de las conductas

³ Sobre el Estado de la discusión VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 20; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Sobre la crisis del bien jurídico. Recensión a HEFENDEHL.R (ed.): La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2008.

⁴ MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Bosch. Barcelona, 1976, pág. 132; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992, pág. 267; LAURENZO COPELLO, P. “Recensión a SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 12, 2003, págs. 441-456, pág. 449; Díez RIPOLLÉS, J. L. “La contextualización del bien jurídico protegido”, en Díez RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007, pág. 35; TERRADILLOS BASOCO, J. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* nº 63, 1981, pág. 124; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho penal. Parte General* (corregida por HORMAZÁBAL MALARÉE, H.) PPU. Barcelona. 1994, págs. 119-121

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

trasladadas al Código penal o la importancia para la convivencia social externa del objeto tutelado. De esta forma, el legislador convierte este elemento en “un fetiche cuya sola mención es capaz de fundamentar cualquier intervención, haciendo que éste carezca de poder discriminatorio real”⁵. En otros supuestos, obedece a exageradas expectativas suscitadas por este elemento como instrumento de contención penal que lo elevan a la categoría de guía para el legislador⁶. Pero todos estos no constituyen razones que demuestran la imposibilidad *per se* del bien jurídico para llevar a cabo su función crítica o que aconsejen su abandono como instrumento dogmático y políticocriminal, sino que apuntan a que nos encontramos ante problemas coyunturales que pueden ser resueltos a través de una adecuada formulación teórica del mismo.

Entre los argumentos empleados por algunos detractores de su función de contención penal se encuentra aquel que considera que el principal problema es que no existe una definición clara del mismo que permita enumerar las realidades que son susceptibles de quedar incorporadas legítimamente al mismo⁷. El bien jurídico ha sido definido como “hechos o finalidades que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y la funcionalidad de un sistema estatal que se basa en dichas metas⁸”, “posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas⁹”, “instrumento conceptual de concreción de los presupuestos esenciales para la convivencia social a proteger por el Derecho penal¹⁰”, “condiciones indispensables de la convivencia social”¹¹, etc. No obstante, más que los términos en los que se define, lo

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS J.L. *La racionalidad de las leyes penales práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2013 págs. 139-140.

⁶ Así, tal y como afirma SEHER, G. “le están exigiendo al bien jurídico expectativas que simplemente lo superan”. Vid. “la legitimación de normas penales basada en `principios y el concepto de bien jurídico”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, pág. 70.

⁷ Sin embargo, señala AMELUNG, es precisamente esta indefinición lo que convierte a este instrumento en un punto de conexión de la dogmática con la política criminal. AMELUNG, K. “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, pág. 232.

⁸ ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Auflage. Verlag, C.H. BECK. München, 2006, pág. 16.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. “La satisfacción de necesidades...”cit. pág. 136.

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 4ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 24.

¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016, pág. 13.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

importante para que pueda llevar a cabo una función crítica y sentar las bases de un Derecho penal material es que éste sirva como concepto de referencia respecto al de dañosidad social o lesividad, el cual garantiza que este sector del ordenamiento jurídico queda vedado a aquellas conductas de las que no se pueda predicar una serie de efectos sociales dañosos en el sistema social¹².

Para ello, debe hacer referencia a un objeto real, lo que no significa que deba tratarse de un objeto físico, en el sentido de que sea perceptible por los sentidos. Como expone el propio AMELUNG, para determinar la dañosidad social que un determinado comportamiento irroga en un sistema es necesario atender a las razones por las que éste es valorado socialmente, es decir, a los objetivos a los que sirve¹³. Y lo valorado socialmente puede ser tanto real como de carácter normativo¹⁴. La realidad no sólo se compone de objetos materiales, sino también de otros objetos existentes en la realidad social. Como manifiesta HEFENDEHL, la alternativa a una concepción ideal del bien jurídico no es material (físico), sino real; y la realidad no sólo se compone de objetos físicos, sino también de fenómenos psíquico-intelectuales¹⁵.

Además, dado que el Derecho penal es un sistema encaminado a exigir responsabilidad a un sujeto por un determinado comportamiento, el bien jurídico deberá ser un ente lesionable por acciones individuales. Para ello, deberá ser formulado de manera sintética o, mejor dicho, hacer referencia a aspectos concretos de la realidad social¹⁶. Los entes abstractos o demasiado generalizadores no son susceptibles de ser

¹² A diferencia de lo aquí mantenido considera sinónimos los principios de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones...* cit. pág. 21.

¹³ AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972, pág. 189.

¹⁴ AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz...* cit. pág. 339.

¹⁵ HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, pág. 28.

¹⁶ Sobre la necesidad de concreción se pronuncian: LASCURAÍN, J.A. “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 60, nº1, 2007 págs. 119-163, pág. 125; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier. Barcelona, 2003, pág. 21; MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*” en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 14, 1989-1990, págs. 203-216, pág. 231; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho penal. Parte General...* cit. pág. 123 que lo define como “síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”; HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, pág. 181; TERRADILLOS BASOCO, J. “La satisfacción de necesidades...” cit. pág. 129; LAURENZO COPELLO, P. y MAQUEDA ABREU, M.L. *El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica*. Tirant lo Blanch. 2017, pág. 24; PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004, pág. 241; MARTÍN PARDO,

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

alcanzados por acciones individuales. Asimismo, acorde con el concepto de bien jurídico sociológico expuesto, su lesión no requiere la producción de efectos perceptibles por los sentidos, sino que debe producir efectos verificables empíricamente en el sistema social. Sólo cuando es configurado con estas características, el bien jurídico se convierte en un instrumento de crítica frente al legislador capaz de eliminar del Derecho penal contenidos meramente morales, aquellos que por sus cualidades no afecten a la convivencia social externa u otro tipo de entidades que no reúnan las características expuestas.

Ahora bien, es necesario señalar que la intervención penal se legitima, en primer lugar, por la existencia de un interés digno de protección, pero no de forma exclusiva. Para resolver la cuestión sobre la legitimidad o ilegitimidad de una incriminación penal se requiere llevar a cabo una serie de juicios posteriores a la identificación de un bien jurídico legítimo, pero que se construyen irremediabilmente sobre el mismo¹⁷. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, el bien jurídico constituye “un *pruis lógico*” o un punto de partida respecto al resto de los principios de la intervención penal¹⁸. Por ello, en la medida que requiere ser complementado por otros principios, no puede ser elevado a la categoría de “oráculo” al que preguntar cuándo nos encontramos ante una criminalización justificada. Para responder a esta pregunta debemos acudir a otros principios de carácter axiológico y de carácter utilitarista, que pueden aportar incluso información más valiosa en este sentido¹⁹.

De hecho, es precisamente al amparo de estos principios donde, según algunos autores, debe desarrollarse la discusión políticocriminal actual. Según este sector de la doctrina el problema no reside en que el legislador proteja realidades de dudosa relevancia

A. *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*. Tesis doctoral. Dirigida por José Luis Díez Ripollés. Universidad de Málaga. Facultad de derecho, 2015, págs. 428-433.

¹⁷ Como por ejemplo, sobre el principio de lesividad, que como ya se ha dicho es un concepto de referencia. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “La contextualización del bien jurídico protegido”...cit. pág. 35; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 82, o el de fragmentariedad Vid. PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal*...cit. pág. 211.

¹⁸ SSTC 55/1996, de 28 marzo, (RTC 1996\55); 161/1997, de 2 octubre, (RTC 1997\161). Como dice ROBLES PLANAS, el bien jurídico es “el primer material bruto para la discusión en torno a la legitimación de las prohibiciones” en. “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal” en ROBLES PLANAS, R. VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A; SEELMANN, K; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de ROBLES PLANAS, R.) Atelier. Barcelona, 2012, pág. 23.

¹⁹ En igual sentido ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier. Barcelona, 2003, pág. 24; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación*...cit. pág. 267; CORCOY BIDASOLO, M. “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012, págs. 45-76.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

u objetos éticos cuyos atentados no irroguen un perjuicio social en el sistema, sino que la protección que se hace de aspectos fundamentales para la convivencia social externa es excesiva²⁰. Para resolver esta cuestión, los principios de la intervención mínima en su doble vertiente, fragmentariedad y subsidiariedad, juegan un papel limitador mucho mayor que la teoría de exclusiva protección de bienes jurídicos²¹. Por ello, con el objetivo de responder a la cuestión sobre si el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos constituye un tipo penal que merezca un reproche penal, éste será analizado a la luz de los mismos con posterioridad a la identificación del objeto de tutela.

Dadas las importantes funciones dogmáticas y político criminales asignadas a este elemento y expuestas cuáles han de ser sus características para que pueda llevarlas a cabo, el primer paso lógico en un trabajo relativo a la parte especial del Código penal es proceder tanto a su identificación como a su correcta formulación, más aun teniendo en cuenta la escasez de material bibliográfico y jurisprudencial existente sobre este precepto. No obstante, esta tarea no supone partir de cero. El legislador ha ubicado el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en un contexto del que se puede extraer información valiosa. De este modo, lo lógico es acudir en primer lugar a los delitos contra la Administración pública entre los cuáles se inserta y analizar cuáles han sido los bienes jurídicos designados por la doctrina para otros tipos delictivos más estudiados y aplicados por nuestros tribunales.

En efecto hay que tener presente que esta figura se encuentra encuadrada en el Título XIX, que lleva por rúbrica “De los delitos contra la Administración Pública”, donde se recogen otros delitos como el de prevaricación, tráfico de influencias o cohecho... y aunque el hecho de que varias figuras delictivas compartan el mismo título no significa necesariamente que todas afecten al mismo bien jurídico, lo cierto es que éste es un criterio de sistematización de la Parte Especial del Código Penal, por lo que parece coherente partir de la hipótesis de que el objeto de tutela del delito de negociaciones

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación...* cit. pág. 276; FRISCH, W. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, pág. 331. En un sentido similar LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones...* cit. pág. 23.

²¹ No obstante, ambos principios pero sobre todo el de fragmentariedad se construyen irremediabilmente sobre la existencia de un bien jurídico legítimo. Así, PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...* cit., pág. 211.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

prohibidas está estrechamente vinculado²². Por ello, el punto de partida será el de la teoría general de los Delitos contra la Administración pública, lo que implicará analizar los bienes jurídicos más aludidos por la doctrina para otras figuras delictivas similares.

1.2 El bien jurídico desde un punto de vista externo a la Administración: la confianza de la sociedad en su correcto funcionamiento

Tanto en la doctrina española como en la alemana se ha defendido de forma minoritaria la idea de la confianza socialmente relevante en la incorruptibilidad del aparato funcional como bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública²³. No constituye sólo una postura doctrinal superada, pues hay algunos autores que aluden al mismo conjuntamente con otros bienes jurídicos²⁴. Así, HEFENDEHL expone que, desde un punto de vista socio psicológico, la confianza en la correcta actuación del aparato funcional es fundamental para el efectivo funcionamiento de la Administración pública y que ésta debe alcanzar un cierto nivel de confianza para que uno se ponga en sus manos²⁵. De lo contrario, como expresa LOOS, “la Administración estatal se desmoronaría²⁶”.

Es cierto que en una institución como la Administración pública la confianza es un aspecto fundamental para su buen funcionamiento, pues su ausencia resta legitimidad a las decisiones públicas que en el seno de la misma se adoptan, e incluso se ha demostrado empíricamente que puede ser criminógena, dando lugar al aumento de conductas corruptas²⁷. Así lo refleja LOOS cuando dice que “la pérdida de la confianza

²² El bien jurídico es un criterio de sistematización pero no el único. GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*. Atelier. Barcelona.2008, pág. 19.

²³ En la doctrina española ha sido defendido por BACIGALUPO ZAPATER, E. “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, *Documentación jurídica*, num37/40, vol 2,1983, pág. 1099. En la doctrina alemana, HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, pág. 190; LOOS, F. “El bien jurídico en los delitos de cohecho” en *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, (Coord. AMBOS, K. y RADKE, H.). Editorial Jurídica de Chile. 2009, pág. 156.

²⁴ Así, NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”. VV.AA. (GÓMEZ RIVERO, M. C. Coord). *Nociones fundamentales de Derecho penal Parte especial. Vol II*. Tecnos. Madrid, 2015, pág. 479.

²⁵ HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje...”cit. pág. 190.

²⁶ LOOS, F. “El bien jurídico”...cit. pág. 156.

²⁷ En este sentido ROSE-ACKERMANN, S. “Trust, honesty and corruption. Reflections on the State-Building Process” en *Archives of European Sociology* nº 42 (3), 2001, págs. 526-570; VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*. Nº 138, 2012, págs. 109-134; MALEM

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

amenaza la disposición del entorno del sistema a «aceptar» las decisiones administrativas, lo que provoca que ciudadanos concretos no acepten las resoluciones que les afectan y son estos determinados comportamientos los que frustran la actividad administrativa”²⁸. Sin embargo, por muy importante que sea mantener un sentimiento colectivo generalizado de confianza hacia la Administración, éste no puede erigirse como bien jurídico legítimo de los delitos contra la Administración.

Formulado en términos de confianza en el buen funcionamiento de una determinada institución el bien jurídico no alude a un aspecto de la realidad social, sino a una sensación colectiva que no tiene porqué corresponderse con la realidad²⁹. De hecho, la percepción es fruto de variables exógenas al fenómeno corrupto en sí mismo considerado. La situación de desconfianza actual de la sociedad española hacia la Administración pública, al margen de tener una relación directa con el aumento de noticias de corrupción en los medios de comunicación³⁰, se debe a factores históricos de desconfianza institucional³¹. Por ello, SOTO NAVARRO considera que el bien jurídico no debe definirse en términos de expectativas de confianza o seguridad pues, ello supone renunciar a la búsqueda de criterios objetivos que permitan fijar el daño social³². Esto es lo que ha motivado a AMELUNG a afirmar que esta concepción “es la otra cara de la vigencia fáctica de las normas” porque se trata de un estado de conciencia que por regla general existe en una sociedad cuando la norma se cumple³³. Es decir, la confianza carece de contenido específico, no existe como tal en la realidad, sino que sólo aparece en la

SEÑA, J. F. “El fenómeno de la corrupción”, en VV.AA. *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997, pág. 87-88.

²⁸ LOOS, F. “El bien jurídico”...cit. pág. 156.

²⁹ La confianza en el funcionamiento de una institución al igual que la sensación de miedo al delito no tienen por qué corresponderse con la realidad criminológica existente en una sociedad. Señala esta contradicción VOZMEDIANO SANZ, L. “Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito” en *Eguzkilore* nº25, diciembre de 2010, págs. 203-237.

³⁰ PALAU ROQUÉ, A. y DAVESA HERAS, F. “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”. *Revista española de Investigaciones sociológicas*, 144, págs. 97-126.

³¹ VILLORIA MENDIETA, M. “Principales rasgos y características de la corrupción en España”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, pág. 57.

³² SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 236.

³³ AMELUNG, K. “El concepto «bien jurídico»...”cit., págs. 250 y 251. Aunque HEFENDEHL afirma que la confianza como bien jurídico relevante debe diferenciarse de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico, no ofrece argumentos muy convincentes que refrenden dicha afirmación. Vid. HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje...”cit. pág. 190.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

medida en que la institución pública funciona de manera adecuada, como efecto colateral de su buen funcionamiento³⁴.

Los comportamientos en sede de dicho organismo no son incorrectos porque reduzcan la confianza de los ciudadanos, sino que reducen la confianza de los ciudadanos porque son incorrectos. Se lesiona un verdadero bien jurídico y, en consecuencia, se reduce la confianza³⁵. Es por ello por lo que, como apunta GARCÍA PÉREZ, no se acaba de entender muy bien por qué en este caso el bien jurídico se desplaza del objeto, la Administración y su funcionamiento, a la confianza en su buen funcionamiento, lo que, además, podría ser extensible al resto de bienes, incluso a los individuales³⁶.

Además de no constituir un objeto de la realidad social que pueda erigirse legítimamente como objeto de tutela, otro de los efectos negativos de este bien jurídico es que podría ser incluso contraproducente, dado que impediría castigar conductas que atentaran contra una Administración pública cuyos niveles de confianza fueran muy bajos. Bastaría con encontrar una institución o un Estado cuyos niveles de corrupción hubieran dado lugar a una ausencia de prestigio o confianza absoluto para afirmar que las conductas que lo atacan no tienen capacidad para lesionar dicho objeto de tutela³⁷. Asimismo, podrían considerarse inocuas conductas que permanecieran ajenas a la opinión pública, pues es realmente la publicidad lo que produce el descrédito y la desconfianza hacia la institución pública³⁸. Es este sentido, si lo nocivo para la Administración pública es el descrédito, no sería recomendable que la prensa informara y diera a conocer casos

³⁴ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas.Madrid.1980, pág. 268; GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...*cit. pág. 53.

³⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la Administración pública: un estudio crítico del delito de cohecho*. Comares. Granada, 2003, pág. 209. En igual sentido GARCÍA ESPAÑA, E. *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (Los artículos 439 y 441 del Código penal de 1995)*, en *Jueces para la democracia*. Nº 48, 2003, págs. 50-66.

³⁶ Como por ejemplo en el delito de homicidio del que podría predicarse que protege la seguridad en la vida. Ponen de manifiesto que este bien jurídico es extrapolable también a bienes jurídicos individuales GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...*cit. pág. 53. En igual sentido FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Sobre la crisis del bien jurídico. Recensión a HEFENDEHL.R (ed.): La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2008, págs.8-9, nota a pie nº5. No resulta convincente la respuesta de LOOS a esta crítica en la que apunta que, a diferencia de la confianza en la vida, el ataque a la confianza en el funcionamiento de la Administración pública supone atacar directamente a una condición funcional de la Administración, mientras que la seguridad en la vida te acaba conduciendo a la vida misma. Vid. “El bien jurídico”... cit. pág. 156.

³⁷ KINDHÄUSER, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal: Revista electrónica semestral de Políticas públicas en materias penales*. Nº. 3, 2007, págs. 1-18.

³⁸ Así lo apunta el estudio. PALAU ROQUÉ, A. y DAVESA HERAS, F. “El impacto...”cit.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de corrupción, lo que es del todo impensable en un sistema democrático y, además, contribuye a la configuración de un sistema opaco y poco transparente que precisamente produce el efecto de aumentar la delincuencia en el seno de la Administración pública³⁹.

Asimismo, teniendo en cuenta que la confianza como sentimiento social colectivo es un ente ideal, éste es difícilmente alcanzable por acciones individuales y su lesión es imposible de verificar empíricamente. Esto se debe a que, aunque podemos intuir qué tipo conductas producen confianza o desconfianza, se desconoce con exactitud cuáles son los sucesos que pueden producir en la ciudadanía dicho sentimiento⁴⁰. Se puede intuir que los delitos de corrupción aumentan la desconfianza en la institución resulta difícil saber cuándo una determinada conducta produce un nivel de desconfianza tal que permita afirmar la necesidad de aplicar un castigo penal⁴¹. En este sentido, a diferencia de lo que expone HEFENDEHL, la aparición de un sentimiento generalizado de confianza o desconfianza hacia la institución en la ciudadanía no tiene por qué producirse de forma abrupta, pasar de un momento de confianza a otro de desconfianza, sino que puede surgir de forma progresiva⁴².

Ante la evidencia de que se trata de un bien jurídico que no puede ser lesionado por acciones individuales, los autores que lo defienden llegan a la conclusión de que su lesión sólo puede achacarse a un verdadero deterioro institucional provocado por reiteraciones de conductas llevadas a cabo en su sede. Así, dice LOOS que los delitos contra la Administración pública como el cohecho no pueden producir por sí solos un menoscabo de la confianza, “ni siquiera de un peligro concreto de esa confianza general (...). Resta pues, un delito de «peligro abstracto»⁴³”. Y es precisamente el convencimiento de que este bien jurídico sólo puede ser protegido por estructuras de peligro abstracto, y su intención a toda costa de evitarlas, lo que lleva a algunos autores a recurrir hábilmente a la teoría de la acumulación. Esta teoría, muy recurrida por un sector de la doctrina para los delitos contra la Administración pública, plantea enormes problemas que serán

³⁹ En igual sentido ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria” en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública. 1997, pág. 22.

⁴⁰ GARCÍA ESPAÑA, E. “Negociaciones y actividades”...cit; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 308.

⁴¹ VIZUETZA FERNANDEZ, J. *Delitos contra la Administración pública: un estudio crítico del delito de cohecho*. Comares. Granada, 2003, pág. 93 nota 304.

⁴² HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje”...cit. pág. 190.

⁴³ LOOS, F. “El bien jurídico...”cit..., pág. 157.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

analizados cuando se exponga el bien jurídico “función pública” o “correcto funcionamiento de la Administración pública”.

Enumeradas todas las objeciones a la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración como objeto de tutela penal, este objeto de protección también debe ser descartado para otros sectores de ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo⁴⁴. Aunque el bien jurídico constituye un dogma en Derecho penal y permite declarar ilegítimo todo precepto del que no se pueda predicar la protección de uno, esto no significa que sea un concepto ajeno a otras ramas del ordenamiento. El Derecho administrativo, el Derecho civil... no protegen objetos meramente morales, sino bienes esenciales para la convivencia, por lo que no es un concepto exclusivo del Derecho penal sino común a toda la Teoría del Derecho⁴⁵. Por consiguiente, cuando un bien jurídico no reúne los requisitos de concreción, pertenencia a la realidad social...exigidos, su protección es ilegítima en todos los sectores del ordenamiento.

1.3 El bien jurídico de los delitos contra la Administración pública desde un punto de vista interno a la misma

Como se acaba de exponer, la crítica principal que se le hace al bien jurídico “confianza en el buen funcionamiento de la Administración pública” es que no se entiende muy bien por qué se desplaza el bien jurídico del objeto, la Administración pública y su funcionamiento, a un aspecto externo a dicho sistema social como son los sentimientos o la percepción que se tenga sobre la misma. Por ello, esta posición ha sido minoritaria en la doctrina española, que tradicionalmente ha definido el bien jurídico protegido según los términos dispuestos en la rúbrica del Título del Código penal. Por ello, como señala RODRÍGUEZ PUERTA, aunque haya argumentos para rechazar éste como bien jurídico protegido “la identificación de aquellos elementos que han llevado al legislador a agrupar determinadas figuras delictivas puede contribuir decisivamente a su interpretación y delimitación”⁴⁶.

⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Sobre la crisis del bien jurídico”...cit. págs. 8-9, nota a pie nº5.

⁴⁵ AMELUNG, K “El concepto de bien jurídico...”cit. pág. 227. Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación...*cit. págs. 269-270 y 276; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi. Pamplona, 1997, pág. 332.

⁴⁶ RODRÍGUEZ PUERTA. M.J. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Aranzadi, D.L. Madrid.1999, pág. 25.

1.3.1 Los deberes del cargo como bienes jurídicos

Antes del cambio de rúbrica del Título VII, actual Título XIX, operado por el Código penal de 1995 pero incluso con posterioridad al mismo, un amplio sector de la doctrina española, siguiendo a la doctrina alemana, definió los delitos contra la Administración pública como delitos de infracción de los deberes del cargo. Los términos a los que aludía la rúbrica, “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, permitió afirmar a algunos autores que si había algo que tenían en común figuras tan dispares como las recogidas en el mismo era únicamente el simple quebrantamiento de ciertos deberes del cargo⁴⁷. En este sentido, el deber del cargo en general o los deberes del cargo concretamente determinados para cada una de las figuras delictivas se erigen como bien o bienes jurídicos protegidos por los delitos contra la Administración pública. Así, la doctrina ha considerado tradicionalmente que el bien jurídico tutelado se corresponde con el “correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo” el “no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios al funcionario”, “los deberes de prestigio, el decoro, fidelidad, lealtad, integridad y probidad”. De este modo, los funcionarios públicos alteran el normal desenvolvimiento de las actividades de la Administración al no actuar según su “deber funcional” en atención a la relación que les une con el aparato burocrático del Estado⁴⁸.

Defiende parcialmente esta teoría en la doctrina MUÑOZ CONDE, que señala que el bien jurídico protegido de los delitos de cohecho es “el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo)”⁴⁹. También ha sido una postura, mantenida, sobre todo jurisprudencialmente, para el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que el bien jurídico es “preservar la rectitud e integridad del funcionario⁵⁰” o “garantizar la imparcialidad de los funcionarios, sancionando el quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad a que están obligados en la gestión de las funciones públicas que les están encomendados⁵¹”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 25.

⁴⁸ Sobre esta posición jurisprudencial Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. pág. 213.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 873.

⁵⁰ STS 965/1998, de 17 de julio, (RJ 1998\5841)

⁵¹ STS 372/1998, de 9 de diciembre, (RJ 1998\10329)

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Esta idea de convertir el deber del cargo en el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública suscitó las primeras críticas en la doctrina española por parte de OCTAVIO DE TOLEDO, quien considera que implica una “visión estatalista y totalitaria” de los delitos contra la Administración pública⁵². Esto se debe, según el autor, a dos motivos. En primer lugar, a que definir la antijuridicidad de la conducta en términos de infidelidad o deslealtad hacia el Estado supone circunscribir la dañosidad social de los delitos contra la Administración pública en cuanto órgano del Estado (su prestigio, sus funciones...), sin tener en cuenta la actividad que esta institución realiza de cara a los ciudadanos. De este modo, el deber del cargo omite una referencia a la función de la Administración pública como ente prestacional de servicio a la ciudadanía y, por tanto, les confiere un carácter autoritario incompatible con un Estado social y democrático de Derecho⁵³. En segundo lugar, porque erigir como objeto de tutela el deber del cargo supone desvirtuar el concepto de bien jurídico y de su función limitadora en la medida que no hace referencia a un criterio material sobre el que sostener la prohibición penal.

No obstante, esta crítica formulada en su momento y asumida por la mayor parte de la doctrina es parcialmente cuestionable. Definir los deberes del cargo en términos de respeto, decoro, fidelidad..., es decir, en términos de la relación del funcionario con la propia institución puede ser considerada totalitario. No obstante, en un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española, los deberes del cargo no deben ser concebidos como reglas de fidelidad, respeto y funcionamiento interno de la Administración, sino como normas dispuestas al servicio del ciudadano. En la actualidad, los deberes del cargo no son configurados como reglas de funcionamiento interno de la Administración, sino como normas necesarias para el ejercicio de la función pública. Como el propio OCTAVIO DE TOLEDO expone, “si el deber del cargo existe es porque la Administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos”⁵⁴. Al igual que toda institución de Derecho administrativo, los deberes del cargo están dispuestos para que la actuación de los funcionarios se lleve a cabo en

⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 237. A partir de ese momento, lo secunda la mayor parte de la doctrina. Por todos, GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*. Tecnos. Barcelona. 1990, págs. 33-37.

⁵³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 241.

⁵⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 243 En igual sentido GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*. cit. pág. 37.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

aras del interés general, para cumplir con los fines públicos dispuestos en las leyes y en la Constitución⁵⁵. Por tanto, interpretados en este sentido, la teoría de los deberes del cargo no puede ser tachada de totalitaria o estatalista.

Si los deberes del cargo no deben ser erigidos como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública no es porque supongan una concepción totalitaria del bien jurídico, sino porque por sí solos no aluden a la antijuridicidad material que debe estar presente en todo delito⁵⁶. La infracción de un deber del cargo en sí misma no justifica el porqué de la intervención penal, por lo que desvirtúa el concepto de bien jurídico y de su vertiente limitadora. De hecho, esta incapacidad para sustentar legítimamente la razón sobre por qué se debe sancionar una determinada infracción del deber penalmente también lo convierte en un criterio incapaz de establecer diferencias entre irregularidades administrativas mínimas y ataques graves que den lugar a un mal funcionamiento de la Administración pública⁵⁷.

Esto se debe a que los deberes del cargo no son un interés a proteger *per se*, sino que son instrumentales a la protección de un verdadero bien. Como señala VIRTO LARRUSCAIN el deber del cargo no puede considerarse un bien jurídico, sino un concepto que está siempre en función de la tutela de un bien jurídico. Por consiguiente, no constituyen el objeto de protección penal pero su razón de ser sí puede serlo⁵⁸. Por ello, ciertas infracciones del deber del cargo pueden constituir en determinadas circunstancias ataques contra el bien jurídico de la suficiente gravedad como para que se requiera la intervención del Derecho penal. En determinadas circunstancias, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ PUERTA, la infracción de deberes del cargo supone la expresión de los “modos, formas o medios” de menoscabo del mismo⁵⁹. Esto significa que, teniendo en cuenta que nos encontramos ante bienes jurídicos configurados

⁵⁵ En igual sentido RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 32.

⁵⁶ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 20.

⁵⁷ LOOS, F. “El bien jurídico”...cit. pág. 151.

⁵⁸ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación del funcionario público”, VV.AA. Aspectos generales de los delitos contra la Administración. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública.1997, pág. 139. En un sentido similar OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. pág. 261; GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*...cit. pág. 37; DE LA MATA BARRANCO, N. J. “El bien jurídico protegido en los delitos de cohecho” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 17,2006, pág. 81-152, pág. 95. Disponible también en internet:<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-17-3030&dsID=Pdf>.

⁵⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 33. Nota a pie 36.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

normativamente, metodológicamente resulta adecuado inferir el bien jurídico protegido de los fines a los que sirven los deberes del cargo concretamente infringidos en cada uno de los tipos penales.

De este modo, la infracción del deber del cargo podrá tener relevancia penal para ser erigida como objeto de tutela legítimo siempre que dicho deber sea tan importante como para afirmar que define el propio sistema y asegura su funcionamiento. Cuando la infracción del cargo constituya una desviación de los fines legítimos que persigue dicha institución en su versión de servicio al ciudadano puede alcanzar la antijuridicidad necesaria para convertirse en un injusto penal⁶⁰. Como el propio STORTONI indica “la violación de una regla organizativa cualquiera no podrá realizar el abuso de la situación jurídica,- en clara alusión al abuso de poder como bien jurídico predominante en la doctrina italiana tradicional- sino sólo aquella que ponga en peligro el bien-fin constituido por la mencionada legalidad”⁶¹. Por tanto, no existe una identidad absoluta entre bien jurídico y deber del cargo, pero su relación es clara⁶².

La jurisprudencia recaída sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos e incluso algún sector de la doctrina ha señalado críticamente que, precisamente por recaer este injusto sobre la infracción del deber de abstención, nos encontramos ante un mero delito de infracción de deber⁶³. Así, apunta la STS 965/ 1998, de 17 de julio⁶⁴, que “si lo esencial es el incumplimiento del deber de abstención, una vez acaecida esta circunstancia devienen como intrascendentes los efectos antes dichos, deviene como intrascendentes incluso que el contrato o asunto en el que se produjo ese incumplimiento, fuera realmente interesante y beneficioso para la Administración pública”⁶⁵. Esta posición jurisprudencial parece dar a entender que el delito se consuma una vez constatada la infracción del deber de abstención, siendo indiferente que

⁶⁰ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 20; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. pág. 243

⁶¹ STORTONI, L. *L'abuso di potere nel diritto penale*. Milán.Giuffré ed. 1976, pág. 154.

⁶² Consideran relevante la identificación del deber del cargo: DE LA MATA BARRANCO, N. J. “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?” en *Eguzkilore*. Nº 23,2009, págs. 245-259, pág. 247; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. págs. 229-230 RODRÍGUEZ PUERTA. M J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 32.

⁶³ Señala que nos encontramos ante un delito que sanciona una mera infracción administrativa JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Iustel. Madrid. 2011, pág. 161.

⁶⁴ (1998\5841)

⁶⁵ En igual sentido la SAP Segovia 55/1999, de 26 de mayo, (ARP 1999\2520); SAP Cáceres 36/1999, de 28 de junio, (ARP 1999\2183); SAP Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo, (ARP 2000\734).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

efectivamente se produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sin embargo, como se acaba de adelantar, el deber de abstención del funcionario en determinados asuntos es una cautela administrativa que existe en función de la protección de un bien jurídico como es el principio de imparcialidad de la Administración pública. Sin embargo, si como se ha dicho, en determinadas circunstancias la infracción del deber constituye una modalidad de ataque contra el mismo resulta errónea la contraposición infracción del deber administrativo-lesión del bien jurídico.

Otra de las críticas que se suelen dirigir a la concepción analizada es que supone elevar a la categoría de delito lo que en el ámbito del Derecho administrativo es una mera infracción administrativa o disciplinaria⁶⁶. Sin embargo, desde la óptica del bien jurídico esta crítica no resulta acertada, dado que no constituye un argumento para deslegitimar una prohibición penal. Como ya he expuesto anteriormente, el Derecho penal no es el único sector que protege bienes jurídicos, sino que esta tarea es común a todo el ordenamiento. Si se mantiene una concepción democrática del derecho disciplinario, no como potestad sancionadora interna de la Administración, sino como institución orientada a la satisfacción del interés general, se puede afirmar que ambos sectores, Derecho penal y Derecho disciplinario, se reparten la protección de bienes jurídicos legítimos. En consecuencia, habrá algunos que sean protegidos disciplinaria y penalmente y otros que sólo sean abordados por uno de ellos.

La sanción de una conducta en otro sector del Derecho no deslegitima ni convierte en innecesaria una prohibición penal. A modo de ejemplo el apartado 2 b) sexto del artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno prohíbe aceptar regalos “que superen los usos habituales o de cortesía...”. Nadie podría discutir que esta conducta bajo determinadas circunstancias puede constituir un delito de cohecho. A pesar de ello ningún autor ha afirmado que la prohibición penal recogida en los artículos 419 y 420 del Código es ilegítima porque eleva a categoría penal lo que es una simple infracción disciplinaria. La existencia de un delito no queda deslegitimada por la previsión de infracciones similares en otros ámbitos orientadas a proteger el mismo bien jurídico. De hecho, éste puede ser incluso un argumento que justifique la gravedad de la modalidad de ataque. Por

⁶⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 224; DE LA MATA BARRANCO, N. J. “El bien jurídico protegido...” cit. pág. 96.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

consiguiente, será la trascendencia del objeto de tutela, el tipo de conducta o lo extraído de otros juicios, tanto de carácter axiológico como de carácter utilitarista, lo que permita al legislador sancionar legítimamente una conducta a través del Derecho penal.

Ahora bien, un aspecto que deberá tener en cuenta el legislador penal es que la protección de un mismo objeto por diferentes sectores del ordenamiento exige una relación de estrecha colaboración entre los mismos, especialmente si ambos contemplan medidas de carácter sancionador⁶⁷. La naturaleza conflictual de determinados bienes colectivos obliga a llevar a cabo una cuidadosa ponderación de los intereses en juego, siendo inviable una tutela penal absoluta⁶⁸. El límite de la tolerancia penal no se puede poner demasiado bajo porque, además de ser contrario a los principios de intervención mínima⁶⁹, provocaría un funcionamiento anómalo de dichas instituciones por no decir su absoluta paralización⁷⁰. Una protección penal excesiva en sistemas sociales como el orden socioeconómico, la Administración de justicia o la hacienda pública, sin tener en cuenta todos los intereses en juego, daría lugar a disfunciones y efectos contrarios a los que se pretenden e incluso al propio fracaso del Derecho penal como sistema de control social⁷¹.

En relación con la existencia de dos infracciones paralelas en ramas del Derecho diferentes, es conveniente señalar que ello no convierte en discrecional la decisión del juez de optar por una u otra. En los delitos contra la Administración pública, especialmente en el de prevaricación y en el de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, los tribunales penales a menudo han desviado a la jurisdicción administrativa determinadas conductas que cumplían todos los requisitos típicos⁷². En este sentido se pronuncia la STS 1068/2004, de 29 de septiembre⁷³, que apunta que “el

⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, M. “Expansión del Derecho penal...”cit.

⁶⁸ El carácter conflictual es una característica de los bienes jurídicos colectivos

⁶⁹ DE LA MATA BARRANCO “Bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*. Nº 17, 2006, págs. 81-152. Disponible también en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-17-3030&dsID=Pdf>

⁷⁰ “la política anticorrupción nunca debe tener como objetivo el lograr una rectitud completa. Quienes toman una posición radical probablemente imponen restricciones rígidas y engorrosas que aumentan, en lugar de disminuir, los alicientes a la corrupción”. ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Siglo XXI de España. Madrid. 2001, pág. 94

⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987, pág. 201.

⁷² Críticamente con respecto a esta práctica jurisprudencial ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pág. 47; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 63.

⁷³ (RJ 2004\6059)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación administrativa, no contra meras irregularidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo” o la STS 727/2000, de 23 octubre⁷⁴, que señala “el control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del derecho penal como última ratio, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder”.

Independientemente de que cuando corresponda se rebatirá la afirmación de que nos encontramos ante conductas de escasa transcendencia para ser objeto de sanción penal, lo que resulta cuestionable de la absolución de sujetos criminalmente responsables por parte de los jueces penales es que sea éste quien decide sobre qué sector del ordenamiento resulta de aplicación. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han reiterado en diversas ocasiones que los principios de la intervención mínima constituyen un criterio regulador de la política criminal dirigido al legislador y no una regla de aplicación de la ley que recae sobre el juez. Es al legislador a quien corresponde en cada caso determinar lo que debe entenderse por intervención mínima⁷⁵. Como señala este ÁLVAREZ GARCÍA, “al aplicador de la ley lo que le corresponde es la comprobación de la tipicidad; su margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad”⁷⁶. Por consiguiente, al utilizar este argumento para desviar conductas a la sanción disciplinaria, los tribunales confunden dos planos de la discusión distintos, el del principio de intervención mínima, del que se ocupa el legislador al decidir opciones de política criminal, y el de comprobación de la tipicidad, que corresponde al juez y cuyo margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad. Así, prosigue el autor, una cosa es la intervención mínima y otra, la significatividad del ataque, que supone la efectiva constatación de la existencia de una lesión o peligro para el bien jurídico con suficiente entidad como para entender que el comportamiento es típico⁷⁷. Y sólo en base

⁷⁴ (RJ 2000\9963)

⁷⁵ El ATS 517/2013 de 7 marzo (JUR 2013\105100) expone “No es aplicable el principio de intervención mínima del Derecho Penal por tratarse de un principio que rige al momento de legislar las conductas, pero no al momento de aplicarlas a los hechos cometidos, que, en el caso concreto, son subsumibles en el tipo penal de apropiación indebida que dispone el art.252 del Código Penal”.

⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción...”cit. pág. 47.

⁷⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción...”cit. págs. 46- 48.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

a este último podrá fundamentar el juez la no aplicación de un precepto cuando se dan todos los requisitos típicos⁷⁸.

1.3.2 La función pública como bien jurídico común a todas las figuras del Título XIX

La teoría de los deberes del cargo como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública se abandona tras la entrada en vigor de la Constitución y la promulgación del Código penal del 1995. La Constitución española de 1978 consagra un cambio de concepción en la institución pública pasando de “Administración-función” a “Administración-persona”⁷⁹. Esta última se adapta mejor a las exigencias sociales actuales, más acorde con la idea de separación de poderes, diferenciando entre las actividades de legislar, juzgar y administrar. De esta forma, se configura como una organización distinta al parlamento y a los tribunales. Para el Derecho administrativo, la Administración no es un complejo orgánico más o menos ocasional, sino una persona jurídica y todas sus relaciones jurídico-administrativas se explican en cuanto a tal, por esto “es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc.”. Es la personificación de la Administración, según GARCÍA DE ENTERRÍA, el “dato primario y *sine qua non* del Derecho administrativo”⁸⁰. A diferencia del Parlamento, los funcionarios que trabajan para la Administración son agentes de esta organización, no representan a la comunidad, sino que están su servicio, “sus actos no valen por eso como propios de la comunidad sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio a la comunidad a la que está ordenada”⁸¹.

Esta nueva concepción democrática de la Administración como una institución con personalidad jurídica no al servicio de sí misma, sino orientada a su función de cara al ciudadano, da lugar a que los delitos contra la Administración pública sufran una

⁷⁸ Además, ampararse en esos casos en el principio de la intervención mínima sólo es una forma de “vestir” el delito pues, al fin y al cabo, supone aceptar que la conducta enjuiciada es suficientemente grave como para ser objeto de algún tipo de sanción por parte del ordenamiento jurídico y que, por consiguiente, atenta significativamente contra el bien jurídico. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción...”cit. pág. 48. En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 63.

⁷⁹ Las repercusiones de este cambio de perspectiva para los delitos contra la Administración pública. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...*cit., págs. 197-200.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho administrativo Tomo I*. Civitas. Madrid. 2015, pág. 32.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho administrativo...*cit., pág. 35.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

reinterpretación y su objeto de protección también deba ser reformulado. Partiendo de una noción de bien jurídico como ente dinámico, que se adapta al momento y a la sociedad que lo concibe, parecía claro que un cambio en el modelo de Administración, sus funciones y sus intereses debía tener repercusión también en el modo de interpretar estos tipos delictivos. Esta transformación de los delitos contra la Administración ya se venía gestando en la doctrina con anterioridad a la promulgación del Código penal de 1995 y tiene su máxima expresión en el cambio de rúbrica del Título XIX, que pasa de denominarse “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” a “De los delitos contra la Administración pública”⁸².

El cambio de rúbrica precipita el abandono de la teoría de los deberes del cargo como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública y trae consigo la identificación de un bien común o categoría definido en torno al concepto de función pública. De este modo, se erigirán como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración conceptos genéricos como “el buen o correcto funcionamiento de la Administración pública”, “la Administración pública” o “la función pública”.

El “correcto funcionamiento de la Administración pública” ya se venía erigiendo como objeto de tutela por algún sector de la doctrina incluso con anterioridad a la modificación de la rúbrica del Título VII⁸³. Sin embargo, éste “constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto” de los tipos delictivos del Título XIX, pues no incide en porqué dicha institución debe ser valorada positivamente⁸⁴. Desde un punto de vista sociológico, todos los sistemas sociales pretenden su buen funcionamiento o, mejor dicho, simplemente funcionan pero para saber qué constituye un buen funcionamiento hay que establecer criterios que valorativamente determinen qué debe ser considerado como tal. Para ello, hay que aclarar con carácter previo desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es la función social de esta institución y cómo ha

⁸² Sobre las implicaciones de este cambio de rúbrica Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995* (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1996, pág. 14 y 15.

⁸³ Sobre esta concepción en la doctrina italiana que alude al regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 213 y ss. Aluden también al correcto funcionamiento de la Administración pública. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la Administración pública” en VV.AA. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M.). Atelier. Barcelona. 2015, pág. 357.

⁸⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J. “¿Qué interés lesionan...” cit. pág. 250. En igual sentido GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...* cit. pág. 243;

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de desempeñarla pues, sólo así se puede averiguar si en el caso concreto ha funcionado de manera adecuada⁸⁵. Por eso, definido el objeto de protección como “el correcto funcionamiento de la Administración pública” acaba devolviendo a los autores, según la teoría que mantengan, a los deberes del cargo⁸⁶, objeto previamente descartado, o al bien denominado “función pública”, el cual voy a proceder a analizar.

Para tratar de ir más allá de una alusión al simple funcionamiento de manera correcta de la Administración pública y una vez rechazados los deberes del cargo como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública, la doctrina, encabezada por OCTAVIO DE TOLEDO, propone una interpretación alternativa. Este autor se percata de la existencia de dos aspectos respecto al Título VII que dan lugar a pensar que los vincula es algo más que la característica de funcionario público del sujeto activo. Así, el autor apunta al hecho de que “ni todos los delitos en que el sujeto activo es un funcionario público se encuentran en él (pues también se pueden encontrar en otros Título del Código), ni en todos los supuestos que contempla el Título el sujeto activo es un funcionario público (pues algunos tipos se refieren a la acción del particular)”⁸⁷. Por consiguiente, si hay algo que todas las figuras delictivas tienen en común es el ejercicio de funciones públicas entendidas como actividades que la Administración desarrolla a través de sus funcionarios en beneficio de los ciudadanos. Para este autor la función pública se erige en criterio de agrupación y bien jurídico de todas las figuras delictivas del Título VII⁸⁸.

A partir de entonces, la “función pública” como bien jurídico común o categorial a todos los delitos contra la Administración pública es el mayoritariamente asumido por la doctrina⁸⁹. Sin embargo, aunque este concepto tiene la ventaja de orientarse hacia la

⁸⁵ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. pág. 308; GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...* cit. pág. 52.

⁸⁶ Así, BACIGALUPO ZAPATER, E. pone de manifiesto que teniendo en cuenta que el correcto ejercicio de la potestad administrativa depende de cómo se ejerzan los deberes del funcionario, “habrá que concluir que la infracción de tal bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes”, en “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, *Documentación jurídica*, num37/40, vol 2, 1983, pág. 1099.

⁸⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 137.

⁸⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 137-138.

⁸⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación de funcionario público*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994, pág. 18; GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, 1997, págs. 357-370 GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...” cit.; DE LA MATA BARRANCO, N.J.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

labor de la Administración pública de cara al ciudadano, lo que resulta más conforme con una concepción democrática de la misma, también incurre, al igual que “el correcto funcionamiento de la Administración”, en una falta de concreción que le impide erigirse como objeto de protección penal legítimo. La función pública es un concepto demasiado indeterminado o abstracto, que impide conocer de manera directa cuál es la función valiosa de la Administración pública concretamente lesionada⁹⁰.

Para concretar el bien jurídico protegido, la concepción sociológica de bien jurídico aquí mantenida exige que para determinar el nivel de dañosidad social que produce un comportamiento humano en un determinado sistema se atienda a las razones por las que es valorado positivamente, es decir, a los propósitos a los que sirve⁹¹. Para ello, es necesario acudir al sistema social en el que tienen lugar los ataques contemplados este tipo de delitos, la Administración pública, con el objetivo de desentrañar cuál es su función y conocer por qué es valorada socialmente. Para llevar a cabo esta tarea lo primero es acudir al ordenamiento jurídico de referencia, que es aquel donde se regula el funcionamiento de dicha institución y todos sus conceptos, pues éste constituye una fuente de conocimiento imprescindible, junto a las aportaciones sociológicas, para determinar el valor funcional de los bienes jurídicos colectivos⁹². Cuando el sistema de referencia, en este caso el administrativo, es democrático, las pautas generales sobre el mismo y su funcionamiento hay que buscarlas en primer lugar en el texto constitucional. Por tanto, para definir la función social que cumple la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho, debemos acudir a las disposiciones de la Constitución donde se encuentran los aspectos más importantes del acuerdo social⁹³.

/ ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. *Malversación y lesión del patrimonio público*. Bosch. Madrid. 1995, págs. 102 y 114; CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...* cit. pág. 76.

⁹⁰ En este sentido SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. pág. 309; PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...* cit. pág. 241. En sentido contrario GARCÍA ESPAÑA, E que considera que la “función pública” no es un concepto que haya que parcelar o concretar para que pueda ejercer como bien jurídico protegido, en “Negociaciones y actividades”...cit.

⁹¹ AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz...* cit., pág. 189.

⁹² SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit., pág. 255. En los bienes jurídicos configurados normativamente es el sector del ordenamiento donde se regula, más que las aportaciones sociológicas, las que resultan fundamentales para formular el bien jurídico protegido. Esto supone una ventaja a la hora de su identificación respecto a otro tipo de bienes Vid. PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...* cit., pág. 245.

⁹³ Más que la búsqueda del bien jurídico necesitado de protección penal, acudiendo a la Constitución se pretende hallar límites o principios básicos. En igual sentido CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Cedecs. Barcelona. 1997, pág. 62. Aunque es cierto que la contemplación en la Constitución es indicativa de la relevancia del bien, la intervención penal no puede quedar justificada por el hecho el interés jurídico tenga transcendencia constitucional sino que deberá exigirse un mínimo de relevancia penal en el ataque (lesividad) Vid. MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Así, la Constitución en su artículo 103.1 consagra el carácter servicial de la Administración pública y su condición de subordinada. Este artículo indica que la misma “sirve con objetividad a los intereses generales”. De esta manera, se pone el énfasis en el hecho de que se trata de una institución abocada a un fin y éste, que “fundamenta la existencia de la Administración y la legitima, es precisamente el servicio a los intereses generales⁹⁴”. Por eso, GAMERO CASADO la ha definido como “organización social dotada de personalidad jurídica y de poder público con la finalidad institucional de servir al interés general, sometiéndose plenamente al Derecho y al control judicial”⁹⁵. Dicho esto, desde una perspectiva sociológica y jurídica, la función social de la Administración pública, y de todos sus grandes conceptos y categorías (servicio público, dominio público, obra pública, régimen sancionador...) deben ser definidos en relación con la noción primaria de interés público, pues se convierte en su razón de ser⁹⁶. De éste se deriva su legitimidad institucional, pues se trata de un ente prestacional al servicio de los ciudadanos.

Así, ARANA define el interés general como “la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos”, lo que se refiere a aspectos tan materiales y concretos como la educación, la sanidad, la seguridad...⁹⁷. Que las decisiones sean tomadas conforme al mismo constituye un presupuesto necesario para asegurar la igualdad en el acceso a las prestaciones públicas⁹⁸. Sin embargo, determinar cuáles son los intereses generales que la Administración puede perseguir legítimamente es, a priori, una tarea compleja. De hecho, los administrativistas lo consideran como un “concepto jurídico indeterminado⁹⁹”.

límites del ius puniendi” en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 14, 1989-1990, págs. 203-216, págs. 210-211. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social...*cit. pág. 192; PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...*cit., pág. 53.

⁹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. 2016, pág. 76.

⁹⁵ GAMERO CASADO, E Y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 2016, pág. 73.

⁹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Interés general, Derecho administrativo y Estado del Bienestar*. Iustel. Madrid, 2012, pág. 15.

⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Interés general...*cit. pág. 13.

⁹⁸ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 23.

⁹⁹ ATIENZA, M Y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº10, 1991, pág 104. Según estos autores, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que exigen una tarea de concreción para saber si un caso queda amparado por la norma.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Buena prueba de ello es que en el propio concepto de interés general conviven diferentes principios que se encuentran en permanente equilibrio y que a menudo en la práctica entran en conflicto de manera que la satisfacción de unos en un cierto grado impide la realización de otros. Tan correcto, desde un punto de vista de la función pública, es que la misma actúe de forma eficaz, como con respeto hacia los principios de imparcialidad, buena Administración... Sin embargo, hay veces en las que los principios que deben orientar a la Administración colisionan y una actuación rápida y eficaz entra en conflicto con el cumplimiento de ciertos principios de carácter axiológico como los de transparencia, publicidad e imparcialidad. A modo de ejemplo, un proceso de contratación eficiente y rápido implica sacrificar o restringir algunos controles encaminados a evitar la discrecionalidad en la Administración, como la libre concurrencia o la publicidad. Por tanto, en vez de acudir al procedimiento abierto, desde la propia Administración se prefiere recurrir al procedimiento negociado sin publicidad que permite una contratación mucho más rápida¹⁰⁰. Y ambos principios, tanto la eficacia o la agilidad en el procedimiento administrativo como la imparcialidad, integran el concepto de interés general.

A pesar de ello, lo que está claro es que en un Estado democrático y de Derecho los intereses generales sólo deben ser determinados sobre la base de criterios jurídico positivos y constitucionales¹⁰¹. Por ello, no hay otra solución posible que acudir a la ley como expresión de la voluntad política de los ciudadanos. El interés general debe estar concretado en el ordenamiento jurídico¹⁰². Esta vinculación de los intereses generales con la ley implica que en un Estado de Derecho se pueden admitir como legítimas muy distintas opciones conforme al valor constitucional del pluralismo, pues éstos no son otra cosa que intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios. Según la ley, pueden abarcar desde la defensa de la seguridad ciudadana hasta otros más coyunturales y políticamente discutibles como la promoción de determinados espectáculos públicos¹⁰³, lo que da lugar a que se adapten según el programa político del partido que gobierna. No

¹⁰⁰ Sin embargo, las administraciones han abusado del procedimiento negociado sin publicidad que, según la ley, debe ser excepcional siendo éste la puerta de entrada a la adopción de muchas decisiones corruptas. vid. GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, en Observatorio contratación pública con fecha 12/11/2014. Disponible en internet en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/reldcategoria.208/reldmenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>

¹⁰¹ CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...*cit. pág. 57.

¹⁰² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Interés general...*cit. pág. 36.

¹⁰³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo...*cit. pág. 78.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

obstante, aunque puedan variar levemente en base a las diferentes opciones políticas es fundamental que estos se satisfagan en condiciones de igualdad, pues es precisamente la pluralidad de alternativas morales y políticas que se dan en la actualidad las que obligan a los ciudadanos a dotarse de una Administración pública que garantice el acceso a bienes y servicios en un plano igualitario. Por tanto, aunque se trata de un término vago e impreciso, el concepto tiene una serie de características claras¹⁰⁴. A su amparo no cabe camuflar preferencias personales, tratos de favor o disfavor carente de toda justificación objetiva¹⁰⁵. Por ello, está sometido a control jurisdiccional. El juez controlará si la actuación administrativa es razonable, adecuada, proporcional, y se enmarca en el interés general específico en el que opera la potestad administrativa¹⁰⁶.

Aclarado esto, el servicio a los intereses generales es un presupuesto imprescindible de la convivencia social. Sin embargo, no puede erigirse como objeto de tutela legítimo de ningún tipo penal. En primer lugar, porque se trata de un concepto vago que debe ser concretado. En segundo lugar, porque, al igual que sucedía con “el correcto funcionamiento de la Administración pública”, con “la función pública” u otras entidades como “el mercado de valores”, “el orden socioeconómico” o “el funcionamiento de la Administración de justicia”..., hace alusión a una realidad omnicomprendiva y no a un objeto de la realidad social formulado de manera sintética con capacidad para ser afectado por conductas individuales¹⁰⁷. Gracias a estas características del bien jurídico, especialmente a la de concreción, permite construir en su torno tipos penales respetuosos con los principios de la intervención penal, especialmente con el de lesividad¹⁰⁸. Por ello, la necesidad de configurar adecuadamente el objeto de protección penal es especialmente acuciada en tipos delictivo como el investigado cuya redacción típica, especialmente

¹⁰⁴ Sobre que el concepto de interés general es indeterminando. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. Interés general...cit. pág. 17; GAMERO CASADO, E. Y FERNANDEZ RAMOS, S. 11ª Ed. *Manual básico*...cit. pág. 86.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo*...cit. pág. 79.

¹⁰⁶ En Derecho administrativo, la figura destinada a identificar cuándo una actuación es contraria a los intereses generales es la desviación de poder. Esta es una causa de ilegalidad administrativa que se produce cuando quien adopta una decisión, que en apariencia respeta la legalidad, persigue otros fines, públicos o privados, distintos para los que le fue conferida la potestad administrativa. ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. ponen de manifiesto la idea de que la desviación del poder, el fraude de ley y el abuso del derecho son ilícitos atípicos que revelan la contradicción existente en el ordenamiento jurídico entre reglas y principios. Los tres casos expuestos ponen de manifiesto cómo los principios puede imponerse a las reglas en determinados casos. Vid. *Ilícitos atípicos*. Trotta. Madrid, 2010.

¹⁰⁷ En este sentido GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 359; VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 138.

¹⁰⁸ Díez RIPOLLÉS, J.L. *Derecho penal español*...cit. pág. 24.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

confusa, permite sancionar supuestos de hecho muy diferentes. En este caso, elevar a la categoría de bien jurídico un objeto con un perfil bajo y poco conciso difícilmente podrá servir para interpretar restrictivamente el tipo penal, al contrario, permitirá una interpretación extensiva, agudizando la falta de taxatividad de la redacción típica.

A elevar este tipo de realidades a la categoría de bien jurídico puede haber contribuido la dificultad que supone advertir los efectos sociales que produce una única conducta dañosa en el ámbito de la Administración pública. A menudo, la doctrina ha empleado para justificar la dañosidad social de este tipo de conductas estudios empíricos que, desde una perspectiva macrosociológica y macroeconómica, destacan los efectos perjudiciales de la corrupción a gran escala¹⁰⁹. Así, se suele decir que la corrupción socaba la buena gobernanza de los Estados, crea inestabilidad política, distorsiona los mercados, afecta a la legitimidad de la Administración..., efectos que sólo aparecen como consecuencia de un verdadero deterioro institucional¹¹⁰. Sin embargo, aunque no se pone en duda la utilidad de dichos estudios, lo cierto es que alimentan concepciones de la Administración como una institución que no puede ser afectada en su funcionalidad a través de acciones individuales, fomentando la idea de que los delitos de corrupción carecen de víctima o que irrogan un “daño colectivo difuso”¹¹¹.

Este tipo de entidades elevadas a la categoría de bien jurídico ha dado lugar a que cierto sector de la doctrina recurra a la teoría de la acumulación y a la de los bienes jurídicos intermedios para determinar estructuras de imputación del delito cuya legitimidad resulta cuestionable y que procedo a analizar en las siguientes líneas¹¹².

¹⁰⁹ Para ver los efectos de la corrupción en el sector público desde un punto de vista macroeconómico y macrosociológico. Vid. ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...*cit. págs. 23-35; MALEM SEÑA, J.F “La corrupción política” en *Jueces para la Democracia*, nº 37, 2000, págs. 26-34; Sobre la contratación pública. Vid.OLAF. *Public procurement: costs we pay for corruption* Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU. Disponible en internet en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and studies/pwc_olaf_study_en.pdf.

¹¹⁰ Así, el prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción firmado en Nueva York en 2004 recoge que “socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. También, ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...*cit., que identifica efectos sociales dañosos de la corrupción desde una perspectiva macrosociológica.

¹¹¹ Habla de la existencia de un daño social difuso en los delitos de corrupción FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pág. 27.

¹¹² Este tipo de definiciones amplias suele ir aparejada a los bienes jurídicos colectivos porque, a diferencia de los individuales, carecen de la persona como referente para construir la lesión obligando a acudir a otro tipo de criterios. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. pág. 278.

1.3.2.1 Recurso al pensamiento de la acumulación

Apunta JAKOBS que el hecho de que un delito sea de peligro o de lesión depende del nivel de abstracción con el que se formule el bien jurídico¹¹³. Así, si el objeto de tutela hace referencia a un objeto demasiado amplio o abstracto no quedará más remedio que acudir a estructuras de peligro para su protección, pues sólo objetos dotados de concreción pueden ser lesionados por acciones individuales. Como señala SOTO NAVARRO, si se considera que el delito de homicidio protege la especie humana ciertamente la muerte de una persona no representa ni siquiera un peligro abstracto contra el mismo¹¹⁴. Formulado en los términos que se acaban de exponer, el primer problema que constata la doctrina es la imposibilidad de identificar la lesión de la “función pública” o de la “Administración pública” por acciones individuales por ello, son las estructuras de peligro abstracto la única técnica de tipificación posible frente al mismo¹¹⁵. Así, OLAIZOLA NOGALES expone que “el problema es que en esta clase de bienes jurídicos la tutela penal sólo puede conformarse prohibiendo conductas que «en abstracto» son idóneas para afectarlo, aunque consideradas individualmente no sean suficientes para alterarlo. Un acto aislado de cohecho, no altera el funcionamiento general de la Administración; su proliferación, por el contrario, llevaría al deterioro institucional y a la pérdida de la virtualidad de sus servicios...”¹¹⁶.

Sin embargo, esta forma de argumentar no es asumible si, como opina la mayoría de la doctrina, se tiene en cuenta que la noción de peligro pivota sobre su concepto de referencia, el de lesión¹¹⁷. El adelantamiento de las barreras de protección que suponen las estructuras de peligro sobre la base de realidades sociales imposibles de lesionar no

¹¹³ JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. De Gruyter. Berlín Nueva York. 1993, pag 213 m 88.

¹¹⁴ Sin embargo, afirma la autora, nadie en la doctrina mantiene esto porque tanto el bien “vida humana” como su lesión se han conseguido concretar SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit pág. 183

¹¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. pág. 237. El autor pone de manifiesto cómo la doctrina recurre a estructuras de peligro abstracto a causa de definir de forma genérica e indeterminada el bien jurídico protegido

¹¹⁶ OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pág. 102.

¹¹⁷ LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en el Derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992, pág. 181; GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...* cit. pág. 55; PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...* cit. pág. 240. En sentido contrario KINDHÄUSER, U. para quien el concepto de peligro es autónomo, en “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. N °1, 2009, págs. 1-19.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

es convincente¹¹⁸. El recurso a los tipos de peligro sólo tiene sentido para evitar una posible lesión del bien por lo que si ésta no se identifica claramente tampoco podrá hacerse su puesta en peligro (peligro concreto) o la peligrosidad general de una acción (peligro abstracto)¹¹⁹.

Con la intención de evitar tales objeciones, algunos autores recurren al pensamiento de la acumulación para identificar unidades lesionables del bien jurídico¹²⁰. Este planteamiento ha sido utilizado a menudo en bienes jurídicos colectivos que hacen referencia al funcionamiento de determinadas instituciones como la Administración de justicia o la Administración pública¹²¹. En éste último caso, se puede decir que no han sido pocos los autores que directa o indirectamente han afirmado que sólo la reiteración de conductas puede lesionar dicha institución¹²². Así, por ejemplo se suele decir que es raro que una acción aislada pueda perturbar el funcionamiento de la Administración teniendo en cuenta la magnitud y entidad de la misma. Por tanto, lo que lesiona el papel de la función pública en la vida moderna es la habitualidad o repetición de ciertas conductas en su ámbito¹²³.

El pensamiento de la acumulación fue concebido por KUHLEN para ciertos delitos medioambientales, especialmente para el caso del tipo de contaminación de aguas (*Gewässerverunreinigung*) contemplado en el § 324 del Código penal alemán¹²⁴. Según esta teoría se pueden considerar delitos cumulativos cuando la conducta en cuestión sólo

¹¹⁸ PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal*...cit. pág. 240. La autora lleva a cabo una crítica sobre el binomio bien supraindividual-peligro abstracto en las págs. 236 y ss.

¹¹⁹ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 307.

¹²⁰ HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje..."cit. 196. Sobre las ventajas que aportan las estructuras de resultado Vid. LAURENZO COPELLO, P. *El resultado*...cit. págs. 76 y 80.

¹²¹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Centro de estudios judiciales. Madrid.1994, pág. 301.

¹²² Han utilizado argumentos encuadrables en el pensamiento de la acumulación para la Administración pública: OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*...cit. pág. 102; FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas" en *La Ley*. 1997 t2, pág 1679; FERRÉ OLIVÉ, J.C. "Corrupción y delitos contra la Administración Pública" en VV.AA. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Vol III (FERRÉ OLIVÉ, J.C Dir). Ed. Salamanca. Salamanca, 2002, pág. 20 quien considera que es difícil o prácticamente imposible que una acción aisladamente considerada pueda lesionar a la Administración pública en su conjunto.

¹²³ FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Delitos contra la Administración pública"...cit.

¹²⁴ KUHLEN, L. „Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)“, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, págs. 389-408. Han defendido el pensamiento de la acumulación posteriormente en la doctrina HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*...cit. págs. 183-193; VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007, págs. 299-304.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

produce menoscabos relevantes del bien en la medida que tienen lugar de forma reiterada a otras de la misma índole. Esto se debe a que determinadas acciones sólo tienen capacidad de poner en peligro el objeto de tutela y unilateralmente ser consideradas lesivas en la medida en que sean repetidas en un número elevado. Por tanto, la represión por el Derecho penal de comportamientos individuales buscaría evitar una realización generalizada de las mismas, lo que sí perturbaría gravemente el bien jurídico en cuestión.

La crítica que se le suele hacer a esta teoría es que no es posible determinar cuándo es de esperar un número de contribuciones suficiente para considerar que se produce una afección significativa del bien jurídico, lo que cuestiona principios clásicos del Derecho penal como el de responsabilidad por el hecho o el de imputación subjetiva¹²⁵. Y es que el Derecho penal no puede castigar acciones que a priori son inocuas. Si las acciones son inofensivas y sólo son relevantes en la medida en que se reiteran, se estaría responsabilizando al sujeto por conductas llevadas a cabo por terceros, vulnerándose así el principio de culpabilidad¹²⁶. Es difícil legitimar la incriminación de conductas no peligrosas por sí mismas pero que se convierten en tales si se combinan con otras de igual naturaleza porque, como pone de manifiesto PRIETO DEL PINO, “en estos casos se estaría castigando el peligro abstracto de generación de un peligro abstracto, referidos ambos a una lesión no determinada”¹²⁷. Además, dicha construcción difícilmente se ajusta a los principios de lesividad y de proporcionalidad en la medida que no se exige una valoración de la gravedad de la acción individual¹²⁸.

¹²⁵ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares, 2003, pág.184; PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004, pág. 241. Intenta salvar esa crítica a mi juicio sin mucho éxito HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje...”cit. pág. 195.

¹²⁶ “sin el hipotético comportamiento de terceros no existiría nada que proteger ni que castigar”. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad del riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en VV. AA. *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*. Colex. Madrid. 2006, pág. 160.

¹²⁷ PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal*...cit. 240. En sentido similar STERNBERG-LIEBEN, que considera que en estos casos no se produce ni desvalor de resultado, ya que no hay lesión ni puesta en peligro de un bien jurídico, en la medida en que las acciones por sí solas no ponen en peligro bienes jurídicos. Por consiguiente, no es legítima su protección penal pero sí administrativa. Sin embargo, si no se produce un desvalor de acción ni de resultado pongo en duda que el Derecho administrativo pueda castigar legítimamente estas conductas, al menos sobre la base de dicha argumentación. STERNBERG-LIEBEN, D. “Bien jurídico...”cit. pág. 116.

¹²⁸ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*...cit. 185. Críticos también con el pensamiento de la acumulación MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido*...cit. pág. 469; Díez RIPOLLÉS, J. L. “La contextualización del bien jurídico”...cit. pág. 36.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Al margen de las críticas relativas a la falta de legitimidad de la teoría expuesta, el recurso a la misma se torna innecesario si, como ya se ha apuntado, se realiza un esfuerzo de concreción del objeto de tutela. El recurso a esta teoría sólo es necesario si el bien jurídico se define como “la función pública” o la “confianza en el buen funcionamiento de la Administración”, “la Administración de Justicia”, “el orden socioeconómico”...¹²⁹. Por ello, como afirma ROXIN, esta teoría acaba legitimando pseudobienes jurídicos¹³⁰.

Tampoco es necesario recurrir a este planteamiento si la lesión del bien jurídico se configura adecuadamente y no se equipara a la desaparición, destrucción o a la más absoluta disfuncionalidad del sistema social, siendo suficiente una afección puntual. Así, con respecto al ejemplo del delito de contaminación de aguas sería suficiente con que el nivel de tolerancia del agua típicamente establecido se empeore, sin ser necesario que todo el sistema hídrico sea destruido. En este mismo sentido, tal y como señala ROXIN, una sola bofetada es suficiente para considerar que se ha lesionado la integridad corporal del ofendido, sin necesidad de que ésta se lleve a un nivel crítico¹³¹. Por tanto, para que la función pública sea lesionada no se requiere que ésta sea completamente corrupta o que sea absolutamente disfuncional, sino que se constaten empíricamente una serie de efectos sociales dañosos como un trato desigual hacia los administrados o un beneficio injusto. A diferencia de lo que sostiene LOOS, desde un punto de vista empírico un solo cohecho puede irrogar un perjuicio tal que suponga la lesión del bien.

1.3.2.2 El recurso a la teoría de los bienes jurídicos intermedios

Entre los autores que erigen como bien jurídico de los delitos contra la Administración pública “la función pública” o su correcto funcionamiento hay otro sector doctrinal, el mayoritario en la española, que ha recurrido a la teoría de los bienes jurídicos intermedios para identificar unidades lesionables de este bien jurídico¹³².

Así, hay autores que señalan que la función pública constituye el bien “común o categorial” a todas las figuras delictivas del título XIX, el cuál ha de ser concretado a través de un representante que lo acerque a un plano más concreto. Por eso, la función

¹²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social*...cit. pág. 158.

¹³⁰ Vid. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...cit. pág. 39 §2 82.

¹³¹ ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...cit. pág. 39 §2 83.

¹³² Teoría que plantea los mismos problemas de legitimidad que la de la acumulación. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Sobre la «administrativización»...”cit pág 160.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

pública como bien jurídico superior queda parcelada en los principios rectores del funcionamiento de la Administración: legalidad, imparcialidad etc., que serían “unidades funcionales” del mismo¹³³. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN señala que el bien jurídico genérico de los delitos del Título XIX es el “normal funcionamiento de la Administración pública”, que se concreta para el tipo de prevaricación en el principio de legalidad¹³⁴.

En el fondo de esta teoría late la idea que esbozó SCHÜNEMANN de “bienes jurídicos intermedios espiritualizados”¹³⁵. Señala este autor que “las concepciones sociales han constituido un bien intermedio espiritualizado cuya lesión presenta un desvalor propio y que por ello tiende un puente con los delitos de lesión en sentido estricto es decir, aquellos con un bien jurídico materialmente aprehensible”¹³⁶. Los autores que defienden esta teoría parten de que los bienes jurídicos colectivos son inmateriales y no pueden ser lesionados a través de acciones aisladas sino que sólo la reiteración de conductas es lo que da lugar a su lesión¹³⁷. Por tanto, dicho bien jurídico, imposible de lesionar por acciones individuales, necesita de un objeto que lo represente en un plano más concreto. Ese objeto más concreto, denominado bien jurídico inmediato, concreto o representante, es el que cumple todas las funciones dogmáticas y al que van referidas todas las exigencias del tipo. Por el contrario, el bien mediató o espiritualizado que no realiza ninguna función dogmática y que no sirve para imputar individualmente la

¹³³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación...*cit. pág. 18; GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit.; DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Malversación y lesión del patrimonio público*. Bosch. Madrid. 1995, págs. 102 y 114; MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011 pág. 914; ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 38. Defiende claramente esta postura OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho...*cit. pág. 103. Para ésta, el bien jurídico mediatamente protegido es el correcto funcionamiento de la Administración que no requiere la constatación de su lesión porque dada su inmaterialidad sólo podrá ser lesionado en caso de reiteración de acciones. También realiza una distinción entre bien jurídico genérico y bien jurídico concreto en los delitos contra la Administración pública MANES, V. “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 2-1(2000). Disponible en : http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html

¹³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro)””, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 t-2, pág 386. Se pronuncia a favor de exigir un elemento subjetivo de lo injusto la STS 1056/ 2002 de 3 de junio (RJ 2002\6040), pág. 398.

¹³⁵ SCHÜNEMANN, B. „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Farhlässigkeits- und Gefährdungsdelikte“. *JA*, 1975, págs. 435-798, pág. 798.

¹³⁶ SCHÜNEMANN, B. „Moderne Tendenzen...”cit. pág. 798.

¹³⁷ Por todos RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Delitos de peligro...*cit. págs. 300 y ss.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

lesividad social de la conducta, le correspondería una función de mera *ratio legis* o guía interpretativa, dado que no se exige prueba de la peligrosidad de la acción respecto al mismo¹³⁸.

Los que defienden esta posición doctrinal consiguen hábilmente transformar un delito de peligro abstracto en un delito de lesión pero, como señala PRIETO DEL PINO, dejan sin resolver una serie de cuestiones respecto a cuál es la relación que vincula a ambos bienes jurídicos en juego, el espiritualizado y el concreto¹³⁹. Aunque el espiritualizado no tenga funciones dogmáticas y sea relegado a mera *ratio legis*, la ausencia de explicación sobre la relación entre éste y su representante suscita dudas sobre qué hacer en caso de contradicción entre ambos, situación que se da a menudo en la práctica.

Así, en los delitos contra la Administración pública donde el bien jurídico espiritualizado es la función pública y el concreto se corresponde con el principio constitucional concretamente lesionado podemos plantear ¿Qué hacer cuando se constata que la decisión del funcionario o autoridad es parcial, pero se considera que no vulnera la función pública? Piénsese, por ejemplo, en los casos que se solicita un soborno no para sí mismo sino para un supuesto beneficio público o se adjudica un contrato contraviniendo reglas procedimentales básicas porque el contratista se compromete a realizar reparaciones en el ayuntamiento que no están contempladas en el objeto de aquel. En este sentido, a pesar de que el bien jurídico del delito de cohecho es el principio de imparcialidad MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA señalan que “de no resultar beneficiado el funcionario, directa o indirectamente, con las dádivas no estaría, en principio, actuando motivado por intereses ajenos o contrarios a los generales”¹⁴⁰.

Este problema se ha trasladado a la propia jurisprudencia que a menudo ha absuelto a sujetos por no haberse constatado una lesión a la función pública o a los intereses generales a pesar de confirmarse la existencia de una decisión parcial y, por consiguiente, de la lesión bien jurídico intermedio¹⁴¹. Esta tradicional línea

¹³⁸ En relación a éste RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, que entiende que no es necesario confirmar la peligrosidad de la acción. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro...* cit. pág. 302.

¹³⁹ PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal...* cit. pág. 241.

¹⁴⁰ MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M. “Capítulo V. Del cohecho”, en VV.AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Thomson Reuters. Madrid. 2016, pág 1726.

¹⁴¹ Un buen ejemplo de esta corriente jurisprudencial es la STS 927/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6367), que exonera de responsabilidad al alcalde acusado de prevaricación debido a que “con independencia, de las irregularidades que, desde el punto de vista de la legalidad, pudieran advertirse en su formalización, por

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

jurisprudencial, a mi juicio discutible, permite al funcionario incumplir principios procedimentales básicos como los de imparcialidad, objetividad o igualdad siempre que su objetivo sea la consecución de intereses generales. Esta teoría permite incorporar al bien jurídico un concepto malentendido de interés general que permite al funcionario perseguir fines de interés general a cualquier precio. Al contrario de lo que apuntan estos autores, forma parte del concepto de interés general el cumplimiento escrupuloso de principios procedimentales como el de igualdad y el de imparcialidad. El principal inconveniente del mantenimiento de un sistema de doble objeto de tutela es que crea innecesarias contradicciones entre los bienes concreto y espiritualizado, lo que ha contribuido durante mucho tiempo a aumentar las absoluciones por parte de los tribunales a sujetos responsables de la comisión de conductas corruptas. En cualquier caso, sobre este tema se profundizará cuando se traten los problemas concursales.

Además de los problemas expuestos, la principal crítica que se puede hacer a esta teoría de los bienes jurídicos intermedios es que resulta innecesaria si se mantiene un concepto de bien jurídico real y directamente lesionable por acciones individuales¹⁴². Correctamente caracterizado el bien, colectivo o individual, no requiere de un objeto que lo represente en un plano más concreto. Aunque todas las figuras delictivas del Título XIX se alimenten de un sustrato común “la función pública” y se encuentren situados en el mismo lugar del Código penal, no estamos ante un mismo objeto tutelado. Como señala ÁLVAREZ GARCÍA “de poco sirve esforzarse en tratar de encontrar un bien jurídico categorial referido a todos los delitos contra la Administración pública, si sostenemos, como es nuestro caso, que la categoría de «bien jurídico» está destinada a realizar importantes funciones dogmáticas que vayan más allá de la simplemente clasificatoria”¹⁴³. Esto nos lleva a pensar que si la “función pública” no es más que una mera *ratio legis* y que no cumple funciones dogmáticas o de interpretación de los tipos

haber desconocido determinadas exigencias propias de la contratación administrativa, es lo cierto que el objetivo perseguido con él se hallaba enmarcado en un proyecto más amplio, por lo que contaba con apoyo institucional de la Diputación Provincial de Cádiz, que pretendía localizar y motivar a inversores, especialmente procedentes de Estados Unidos, para crear sociedades y realizar proyectos en la provincia de Cádiz.”. Crítica con esta línea JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Iustel. Madrid. 2011, págs. 31 y ss; JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2015, pág 521.

¹⁴² BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social*...cit. pág. 198.

¹⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción...”cit. pág. 42. En el mismo sentido VIZUETA FERNANDEZ, J. *Delitos contra la Administración pública*...cit. pág.183.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

puesto que éstas son satisfechas por el bien jurídico concreto o individualizado, los principios constitucionales concretamente identificados, éstos son los verdaderos bienes jurídicos de cada una de las figuras delictivas del Título XIX. Esto se debe a que los delitos contra la Administración pública no protegen a la institución pública en general, como un todo, sino determinados aspectos concretos. Como señala GARCÍA PÉREZ, no se trata, utilizando una terminología propia de la biología, de proteger a la Administración pública como especie, sino a los componentes de ésta¹⁴⁴.

La función pública no es el objeto de tutela, sino el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, es decir, el lugar donde el bien se encuentra y donde ejerce su funcionalidad práctica¹⁴⁵. Por tanto, constituye un punto de partida desde el que comenzar a identificar el objeto de protección, que se corresponde con el modelo de Administración que propugna nuestra Constitución en su artículo 103.1¹⁴⁶. Y es precisamente ésta la verdadera aportación de esta teoría. Así, si el objetivo de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho es el ejercicio de la función pública destinado a satisfacer el interés general, los bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública serán aquellos principios o aspectos concretos que sirvan para garantizar dicha función¹⁴⁷.

Dicho esto, no podemos negar que con toda probabilidad nos encontraremos con un bien jurídico de carácter colectivo, que va a compartir con éstos los problemas a la hora de su configuración y de la identificación de su lesión pues, es necesario recordar que, a diferencia de los individuales, ni la funcionalidad práctica ni la lesión de los bienes colectivos gira en torno al individuo, sino que requiere incorporar otro tipo de criterios para la identificación de ambos aspectos¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Hace esta comparación respecto a la Administración de justicia GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...*cit. pág. 40-41.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...* cit. pág. 841.

¹⁴⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación” en VVAA. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (ARROYO ZAPATERO, L y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. Coord.)Vol 2. Ed Universidad de Castilla la Mancha. Salamanca.2001, pág. 334.

¹⁴⁷ Acuden a principios de carácter constitucional para concretar el bien jurídico: DE LA MATA BARRANCO, N. J. “¿Qué interés...”cit. pág. 250; GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública”...cit.

¹⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento...*cit. pág. 41; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. pág. 316.

1.3.3 Los principios que garantizan el funcionamiento de la Administración pública como bienes jurídicos

Los autores suelen recurrir a principios como los de objetividad, imparcialidad, legalidad..., que informan la actuación administrativa y que, además, tienen arraigo en nuestro texto fundamental, para elevarlos a la categoría de bienes jurídicos de cada una de las figuras delictivas del título XIX. Como señala VALEIJE, la única forma de concretar la “función pública” es hacerlo conforme a cánones objetivos y externos a la propia Administración, los cuáles están prefijados en el texto constitucional¹⁴⁹. Son principios esenciales necesarios para el funcionamiento de la Administración conforme al interés general. De hecho, se pueden considerar como “elementos definitorios de la “salud” de los organismos públicos, de su capacidad de rendimiento para la satisfacción del interés común, del desenvolvimiento correcto de sus funciones, garantía del desarrollo de los cometidos institucionales que se le asignan”¹⁵⁰. La violación de los mismos supone un atentado directo contra aspectos que caracterizan la función que tiene encomiada la Administración y contra los fines legítimos que persigue¹⁵¹. Asimismo, la ventaja de erigir los principios como bienes jurídicos es que éstos permiten sintetizar mucha información sobre aspectos fundamentales en pocas palabras por lo que metodológicamente resultan muy útiles¹⁵².

Sin embargo, la conversión automática y acrítica de dichos principios informadores en bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública ha sido cuestionado por dos motivos. En primer lugar, porque no todos ellos tienen la misma relevancia y, en consecuencia, no todos los ataques contra los mismos irrogan una dañosidad social suficiente como para merecer un reproche penal. Por ello, solo deben ser protegidos por este sector del ordenamiento jurídico aquellos cuya afección revista una cierta intensidad para la función pública de cara al servicio que esta ofrece a los

¹⁴⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid.1995, pág. 28. En el mismo sentido RODRÍGUEZ PUERTA. M.J. *El delito de cohecho...*cit. pág. 37.

¹⁵⁰ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 21.

¹⁵¹ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración”...cit. pág. 21.

¹⁵² La capacidad para sintetizar una gran cantidad de información es una ventaja de los principios respecto a las reglas. ATIENZA, M Y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº10, 1991, págs. 101-120, pág114.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ciudadanos. Y éste no es el caso de aquellos que pueden resultar importantes para la organización interna de la institución pública o para el Derecho administrativo como la jerarquía, eficiencia... Asimismo, hay algunos que sólo tienen relevancia en el sistema social en la medida que garantizan el cumplimiento de otros. Por ejemplo, el de transparencia tiene el objetivo de garantizar el de imparcialidad, es instrumental al mismo¹⁵³. En el ámbito de la contratación pública cabe pensar, por ejemplo, en la obligación de transparencia que recae sobre los poderes públicos que consiste en garantizar, en beneficio de cualquier licitador potencial, la adecuada publicidad para abrir a la competencia la concesión de servicios y la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Su ausencia en un procedimiento de toma de decisión servirá, si se constata de manera clara, como indicio para poner de manifiesto la vulneración del principio de imparcialidad pero, actualmente, no constituye el bien jurídico de ningún tipo penal y sería cuestionable que fuese elevado a la categoría de tal.

En segundo lugar, porque por mucho arraigo constitucional que tengan no pueden recibir tutela penal¹⁵⁴. No obstante, esta crítica no los descarta como objeto de tutela, pues el hecho de que un principio tenga rango constitucional no significa que no ejerza una función social fundamental en el sistema¹⁵⁵. Es más, al contrario, éste es un indicador de la importancia que ostenta el mismo y de que su lesión irroga efectos negativos. Lo más normal es que si un principio resulta fundamental desde un punto de vista sociológico, el constituyente se haya percatado y le haya otorgado protección en la Carta Magna. Ambas perspectivas, constitucional y sociológica, no son contrapuestas sino complementarias.

1.4 El principio de imparcialidad como bien jurídico protegido del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y la lesividad de los ataques contra el mismo

Dentro de los principios constitucionales se ha erigido mayoritariamente como bien jurídico protegido del delito de negociaciones prohibidas el principio de

¹⁵³ También considera la transparencia como principio instrumental GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción”...cit.; WARE, G.T; MOSS, S; CAMPOS, E; NOONE, G.P. “Corruption in procurement”, en VV.AA. (Ed. GAYCAR, A y SMITH, R.G.) *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar. Cheltenham (UK), Northampton (USA).2011, pág. 68.

¹⁵⁴ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes...*cit. pág. 309.

¹⁵⁵ LOOS, F. “El bien jurídico...”cit. pág. 155.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

imparcialidad¹⁵⁶. Algunos de los autores aluden junto a éste otros objetos de tutela ya rechazados como los principios de transparencia o el correcto funcionamiento de la Administración pública. Esto se debe a que, sin perjuicio de que la redacción de 1995 haya permitido ampliar aparentemente los supuestos de hecho que pueden ser sancionados a través del 439 del Código penal, problema que se tratará cuando se analice el tipo, a priori, se puede afirmar que su objetivo políticocriminal es sancionar la conducta del funcionario público que interviene en un asunto administrativo con el objetivo de procurarse un interés consistente en una participación para sí mismo. Teniendo en cuenta la conducta típica, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha considerado que es la infracción del deber de abstención la que subyace a este delito¹⁵⁷. El deber de abstención es una cautela más de las muchas que se orienta a procurar el efectivo cumplimiento del principio de imparcialidad previsto en el artículo 103.1 de la Constitución. De hecho, a pesar de la importancia que ocupa en el procedimiento administrativo, de su estrecha vinculación con el fenómeno de la corrupción y de los

¹⁵⁶ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales, negociaciones prohibidas y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función” en VV.AA. *Cuadernos de Derecho judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. Consejo general del poder judicial. Madrid, 1996, pág. 324; DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009, pág 47; CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*. Bayer. Barcelona. 1999, pág. 359; JAREÑO LEAL, A. El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Thomson Reuters. Pamplona. 2015, pág 20; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 22, 2005, págs. 5-35; MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA. “Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, en VV.AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Thomson Reuters. Madrid. 2016, págs. 1797; NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII...”cit. pág. 479.

¹⁵⁷ Así, MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51. Delitos contra la Administración pública (IX). Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función” en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011, pág. 995; JAREÑO LEAL, A. El delito de negociaciones...cit. pág. 46-47; NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII...”cit. pág. 481; CUGAT MAURI, M. “Lección 16. Negociaciones prohibidas” en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pág 587; MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Capítulo IX...”cit. pág. 1797. En la jurisprudencia: STS 73/2001 de 19 de enero (RJ 2001/399) “el delito se vertebraba sobre el quebrantamiento del deber de abstención”; SSTs 965/1998 de 17 julio (RJ 1998/5841), 920/2001 de 16 mayo (RJ 2001/5512), 2208/2001 de 26 de noviembre (RJ 2002/620); SAP de Girona 224/1998 de 30 noviembre (ARP 1998/4416); SAP Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999/2520); Auto AP Cáceres 36/1999 (ARP1999/2183); SAP Cádiz 418/2015, de 29 de octubre, (JUR 2016/83330).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

graves efectos que produce su incumplimiento, su relevancia ha pasado inadvertida tanto para la doctrina como para los tribunales¹⁵⁸.

Según la doctrina penal el concepto de imparcialidad se circunscribe a la ausencia de interferencias privadas en la toma de decisiones públicas¹⁵⁹. Así, indica DE LA MATA BARRANCO que se configura como un límite externo al buen funcionamiento de la Administración, como garantía a los administrados de que sus decisiones van a ser tomadas, no de forma arbitraria, sino en condiciones de igualdad¹⁶⁰. De ahí que haya sido considerado como el bien jurídico de muchos de los delitos relacionados con la corrupción¹⁶¹ como el tráfico de influencias¹⁶², cohecho¹⁶³ y prevaricación¹⁶⁴. Dicho esto, en las siguientes líneas voy a proceder a delimitar este concepto y a identificar su lesión, así como a exponer las secuelas que tienen lugar en el sistema social como consecuencia de su afectación en la concreta modalidad contemplada por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

1.4.1 La distinción de la imparcialidad de otros conceptos similares

El principio de imparcialidad es difícil de distinguir de otros similares que rigen el funcionamiento de la Administración pública. A pesar de ello, es escasa la doctrina administrativa que se ha ocupado de concretar conceptos tan importantes para el funcionamiento de dicha institución como son la objetividad, la imparcialidad y la

¹⁵⁸ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación*. Aranzadi. Navarra, 2012, pág. 29.

¹⁵⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción...*cit., pág. 31; CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...*cit. pág. 99; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho...*cit. pág.84.

¹⁶⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. J. “¿Qué interés”...cit. pág. 254.

¹⁶¹ Todos los delitos de corrupción implican que algo público se privatiza VILLORIA MENDIETA, M y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010)...cit.; GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto de corrupción”, en VV.AA. (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.) *La corrupción política*. Alianza editorial. Madrid, 1997, pág.45; FABIÁN CAPARRÓS, E. “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio” en VV.AA. (FABIÁN CAPARRÓS, E. coord.) *La corrupción aspectos jurídicos y económicos*. Ediciones Salamanca. Salamanca.2000, pág. 17; VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política*. Síntesis.Madrid.2006, pág. 53.

¹⁶² CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...*cit. pág. 104 y ss. Esta autora además considera que ha de preferirse el término “imparcialidad” al de “objetividad” en tanto que éste término alude a la condición personal de cumplimiento de la imparcialidad, pág. 104.

¹⁶³ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción...*cit. pág. 31; RODRÍGUEZ PUERTA, M. *El delito de cohecho...*cit. pág. 69.

¹⁶⁴ Aluden a los principios imparcialidad-objetividad junto con el de legalidad GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 359; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995* (Dir. GONZALEZ CUSSAC, J.L.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1996, pág 37; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1688. Alude sólo al principio de imparcialidad u objetividad JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 98.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

neutralidad, siendo principios a menudo confundidos en este sector del ordenamiento y trasladando dicha confusión a la doctrina penal.

Para aclarar la idea de imparcialidad algunos penalistas recurren a la concepción “eficacia indiferente” elaborada por GARRIDO FALLA, que la define como “ausencia de interferencias políticas en la toma de decisiones públicas”¹⁶⁵. Esta noción implica que la Administración debe funcionar de manera eficaz en la consecución de intereses públicos y que en el curso de su actuación debe permanecer ajena a la influencia de intereses privados de índole política. Incluso se podría decir que tan importante o más que el hecho de que la Administración sea una institución eficaz es que ésta funcione al margen de discriminaciones y favoritismos¹⁶⁶. Sin embargo, la “eficacia indiferente” no se corresponde con este principio, sino con la idea de neutralidad o independencia, dado que su objetivo es propugnar una adecuada separación entre Administración y política¹⁶⁷.

La neutralidad, a diferencia de la objetividad y de la imparcialidad, no es un principio que se prevea directamente en la Constitución, sino que su contenido ha sido perfilado por la doctrina y por la jurisprudencia y se entiende como una cualidad de la Administración que prohíbe el carácter político de la misma, determinando “la obligación del funcionario de servir leal y eficazmente la acción política del Gobierno sin interferencias”¹⁶⁸. De hecho, como se acaba de exponer, se relaciona más bien con la idea de independencia, que se refiere a la no interferencia desde el exterior de la actividad administrativa a través de órdenes o presiones de cualquier tipo¹⁶⁹. De este modo, se puede afirmar que mientras la neutralidad actúa en el ámbito del principio de dirección del gobierno, las garantías de objetividad e imparcialidad operan en la esfera del principio de legalidad. Este principio de neutralidad-independencia debe ser relativizado dado que los funcionarios tienen una relación de sujeción con el gobierno. Por el contrario, el

¹⁶⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción*...cit. pág. 31; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*...cit. pág. 85; DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho”...cit. pág. 332; CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés*...cit. 112

¹⁶⁶ GARRIDO FALLA, F. “La posición constitucional de la Administración pública”, en VVAA *La Administración en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980, pág. 44-45. La idea de “eficacia indiferente” a la alude este autor hace referencia más bien a la no politización de la Administración, a que ésta se mantenga al margen de intereses políticos pero no habla de otros intereses familiares o personales.

¹⁶⁷ GARCÍA COSTA, F.M. “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, en *Revista de Documentación administrativa* nº289 (enero-abril), pág. 26.

¹⁶⁸ GARCÍA COSTA, F.M. “Delimitación conceptual del principio de objetividad”...cit. pág. 33.

¹⁶⁹ Así lo establece para la independencia judicial BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las Recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*. Aranzadi. Cizur Menor.2008, pág. 39.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

principio de imparcialidad no tolera relativización alguna, pues su finalidad es la de garantizar el servicio a los intereses generales y no otros, manteniendo los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre los intereses particulares y generales¹⁷⁰.

En cambio, sí que constituyen conceptos similares los de imparcialidad y objetividad, pues ambos despliegan su eficacia en la misma esfera, vinculando la organización administrativa al principio de legalidad¹⁷¹. Sin embargo, aunque ambas nociones son equivalentes, cada una opera en un plano diferente. La segunda, desde una perspectiva *ad intra*, relaciona a la Administración con el Parlamento cuyos mandatos adoptan la forma de leyes. Por tanto, despliega sus funciones en el ámbito de la relación de la Administración con la ley. Por el contrario, la imparcialidad desarrolla su funcionalidad práctica *ad extra*, relacionando la Administración con los administrados. En definitiva, la doctrina afirma que el principio de imparcialidad es una manifestación del de objetividad en la medida que hace referencia a la conducta personal del funcionario¹⁷². Por ello se suele afirmar que la Administración tiene que actuar con objetividad y el funcionario debe ser imparcial¹⁷³. Por su vinculación con la conducta personal del sujeto, ha sido el principio de imparcialidad, y no el de objetividad, el bien jurídico mayormente aludido por la doctrina penal para los delitos contra la Administración pública¹⁷⁴.

Los principios de objetividad e imparcialidad juegan un papel mucho más importante a la hora de controlar que la Administración pública actúa en el cumplimiento de los intereses generales conforme al principio de legalidad que en la Administración de Justicia. Esto se debe precisamente por las funciones constitucionalmente reconocidas a cada sector. A diferencia de la Administración de Justicia, cuya actividad se encuentra constitucionalmente delimitada y sometida únicamente al imperio de la ley, la función pública, según el artículo 103.1, se encuentra sometida también al Derecho. Si la actividad

¹⁷⁰ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 26.

¹⁷¹ Así, “La imparcialidad quedaría identificada con el deber general del funcionario de interpretar y aplicar la ley sin ningún tipo de subjetivismo personal y, en consecuencia, en adecuación a la voluntad de la ley”. GARCÍA COSTA, F.M. “Delimitación conceptual del principio de objetividad”...cit. pag 31; También pone de manifiesto la relación tan estrecha existente entre imparcialidad y legalidad STORTONI, L. *L’abuso...*cit.pág. 155.

¹⁷² FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 23.

¹⁷³ MORELL OCAÑA, L. Dirección de la Administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa, en *Revista de Administración pública*, nº 156, 2001, págs. 23-58.

¹⁷⁴ CUGAT MAURI, M. es la primera en la doctrina penal en poner de manifiesto que es más correcto hablar de imparcialidad que de objetividad porque aunque ambos conceptos aluden a la misma idea, la imparcialidad es el momento personal de respeto a la objetividad *La desviación del interés...*cit. pág. 99.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

administrativa se somete al Derecho es porque en este ámbito, en el que rige el indeterminado concepto de interés general y los sujetos públicos gozan de un amplio margen de discrecionalidad para satisfacer dichos intereses, se requiere del control que puedan aportar principios como los de objetividad, imparcialidad, etc.¹⁷⁵. De este modo, incluso la propia Constitución se percata del hecho de que una decisión administrativa aparentemente ajustada a la legalidad escrita puede ser contraria al ordenamiento jurídico si el procedimiento que ha llevado a su adopción es contrario a los Principios generales del Derecho.

Producto de la confusión doctrinal suscitada por el contenido de estos principios constitucionales es una de las críticas que se ha esgrimido contra el principio de imparcialidad algún sector de la doctrina, que ha puesto de manifiesto que la imparcialidad no es una cualidad predicable de dicha institución dado que ésta mantiene una postura concreta: la suya. Así, MONTERO AROCA considera que la Administración sirve a los intereses generales y lo hace necesariamente desde una postura parcial, “dado que se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por eso, es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce”¹⁷⁶. Sin embargo, como ponen de manifiesto PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, este sector doctrinal confunde el concepto de imparcialidad con el de independencia o neutralidad acabado de exponer. La Administración pública es una institución dependiente del gobierno y de la que, por consiguiente, no se puede predicar neutralidad. Sin embargo, la imparcialidad es un concepto diferente y exigible a la Administración pública, sobre todo cuando trata asuntos de los administrados porque así lo establece la propia Constitución en su artículo 103.3. Es cierto que el funcionario asume la postura de la Administración en la medida que tiene que adoptar entre todas las opciones, aquella que mejor satisfaga los intereses generales, que es lo que justifican la potestad conferida, pero eso no significa que no se pueda predicar la imparcialidad de sus agentes y de sus actuaciones cuando tratan asuntos de los administrados¹⁷⁷.

¹⁷⁵ GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág 359.

¹⁷⁶ MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999, págs. 183-184.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 25. En el mismo sentido MARSCH, N. “El principio de objetividad en Alemania”, en *Documentación administrativa*, nº

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otra de las críticas dirigidas a la imparcialidad como objeto de protección es que estamos ante un bien compartido por muchas figuras delictivas contra la Administración pública. Se trata de un principio que debe presidir todo el funcionamiento de la institución en cuanto se lesiona mediante la comisión de algunos de los delitos que se encuentran en el Título XIX y, por tanto, carece de poder discriminatorio entre conductas¹⁷⁸. La lesión a la imparcialidad se produce en todos aquellos tipos delictivos que implican una desviación de poder del funcionario hacia intereses privados y es inherente al propio concepto de corrupción que constituye una de las modalidades de ataque más grave contra la Administración pública¹⁷⁹. Por ello, se producen a menudo problemas concursales y de aplicación en estos delitos.

Sin embargo, no es ilegítimo que un bien jurídico sea abordado por diferentes tipos penales si lo hacen desde perspectivas distintas, como parece ser el caso¹⁸⁰. En el cohecho, en el tráfico de influencias y en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos aparentemente se tutela el mismo objeto pero a través de conductas diferentes. Esto se debe en gran medida a que, al contrario que ocurre en el mundo anglosajón, la disuasión y prevención de determinadas conductas parciales en los países latinos se ha llevado a cabo a través del Derecho penal y no de otros sectores del ordenamiento jurídico¹⁸¹. Buen ejemplo de ello es precisamente la tipificación en el Código penal de la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, que solo se encuentra sancionada penalmente por países de tradición jurídica latina como Italia, Francia Portugal, España y países latinoamericanos. Por el contrario, el delito de cohecho está castigado penalmente en casi todos los lugares del mundo¹⁸².

289, 2011. Disponible en internet en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=10077&path%5B%5D=10490>.

¹⁷⁸ Así, OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho...*cit. 99; CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...*cit. pág. 99, para quien la imparcialidad se erige en clave de bien jurídico de todos los delitos contra la Administración pública.

¹⁷⁹ La corrupción es una modalidad de ataque y no un delito. KINDHÄUSER, U. "Presupuestos de la corrupción..."cit.

¹⁸⁰ Este hecho simplemente complica la tarea concursal, pues no es el bien jurídico el criterio de distinción entre figuras. En cualquier caso, sobre esto se profundizará cuando se traten los concursos.

¹⁸¹ Así, MARIQUE señala la diferente forma de abordar la corrupción de los países anglosajones, más basados en el control preventivo y sanciones de tipo administrativo y Francia, más sustentado en el sistema penal. MARIQUE, Y. "Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?" en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northampton, 2014, pág. 86.

¹⁸² COCCIOLO, E. "Las mutaciones del concepto de "corrupción". De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo", en *Revista de llengua i dret*, n.º. 50, 2008, págs. 17-51.

1.4.2 La imparcialidad del funcionario como garantía procedimental de satisfacción de los intereses generales

Desechadas las críticas formuladas contra el principio de imparcialidad como objeto de tutela, voy a proceder a analizar el contenido del mismo y los efectos sociales dañosos que irroga su lesión en el sistema social. Como ya se ha apuntado, la Constitución establece en su artículo 103.1 que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales. El principio de imparcialidad, como manifestación del de objetividad, se traduce en la idea de que los funcionarios públicos lleven a cabo su función conforme a criterios de interés general sin interferencias de intereses privados. Por tanto, funciona como una garantía para los ciudadanos de que sus asuntos van a ser tratados por la Administración de forma no arbitraria, sino en condiciones de igualdad¹⁸³.

Sin perjuicio de las diferencias existentes entre el procedimiento administrativo y el jurisdiccional, lo cierto es que el principio de imparcialidad juega un papel fundamental en ambos, operando como garantía de los fines que persiguen ambas instituciones. Así, si el derecho a un juez imparcial es una de las garantías más firmes de una decisión justa, el funcionario imparcial lo es, igual o más, de la actuación del funcionario conforme al interés general. Por ello, todas las afirmaciones hechas con respecto al principio de imparcialidad por la doctrina procesalista, que ha profundizado más sobre este principio¹⁸⁴, podrán ser extrapoladas en gran medida al procedimiento administrativo. Un buen ejemplo lo constituye la institución de la abstención-recusación orientada a garantizar la efectividad del principio de imparcialidad, que tiene un alcance y relevancia similar en ambos procedimientos.

La importancia de la imparcialidad como garantía que opera en el procedimiento para alcanzar una solución conforme a los intereses generales, en el ámbito de la Administración pública, o de una decisión justa, en el ámbito jurisdiccional, ha sido puesta de manifiesto también las teorías de la justicia de algunos filósofos. Autores como HABERMAS o RAWLS han destacado la relevancia de este principio para la adopción de decisiones justas, siendo sus postulados la base sobre la que se asientan las

¹⁸³ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 23.

¹⁸⁴ En el mismo sentido: FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 24; PARIS, T. Is (French) continental law efficient at fighting conflicts of interests?, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northampton, 2014, pág. 142.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

democracias deliberativas. La ética discursiva de HABERMAS es procedimental en el sentido de que “no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un procedimiento lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio”¹⁸⁵. El núcleo normativo de la legitimidad no reside en un orden trascendente (divino, natural o histórico), sino en las condiciones que permiten acceder a un acuerdo racional y que se encuentran implícitas en todo proceso de comunicación lingüística¹⁸⁶. Por su parte, el autor americano RAWLS en su teoría de la justicia establece un paralelismo entre imparcialidad y justicia, de forma que sin la primera no se podrá alcanzar la segunda. A lo largo de su obra, este autor señala que sólo es posible alcanzar soluciones justas en una situación de imparcialidad hipotética como la que aporta el velo de la ignorancia, que es aquella en la que nadie sabe qué lugar ocupa en la sociedad, cuáles es su suerte en la distribución de ventajas o desventajas económicas, sociales, físicas, mentales...¹⁸⁷. Y sólo en circunstancias de imparcialidad e igualdad, los individuos pueden adoptar soluciones justas. Por tanto, en ambas teorías, la legitimidad o ilegitimidad de una determinada decisión, su calificación como justa, no depende de las características intrínsecas de la misma, sino de que se garanticen determinados principios en el procedimiento de adopción, principalmente el de imparcialidad.

Este binomio imparcialidad-justicia es equivalente en el ámbito de la Administración al de imparcialidad-interés general. El principio de imparcialidad, que es salvaguardado en el procedimiento a través de determinados mecanismos y cautelas como los deberes de abstención y recusación, las normas de transparencia, el sistema de incompatibilidades, etc.¹⁸⁸, opera para asegurar el fin que la institución tiene encomendada: la satisfacción de los intereses generales. La relación entre ambos conceptos es tan estrecha que se puede decir que si una decisión es parcial no se adecúa a los intereses generales, sin necesidad de analizar el contenido de la misma. Esto se debe a que, como se puso de manifiesto, si del indeterminado concepto de interés general se

¹⁸⁵ HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trotta. Madrid 2008, pág. 143.

¹⁸⁶ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. pág. 32.

¹⁸⁷ RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica. Madrid.1993, págs. 28-40.

¹⁸⁸ GARRIDO FALLA, F “La posición constitucional de la Administración pública”, en VVAA. *La Administración en la Constitución*. CEC. Madrid.1980, pág. 44 pone de manifiesto que las incompatibilidades van destinadas a proteger la imparcialidad de los funcionarios. Por eso el apartado tercero del artículo 103 CE establece que “La Ley al regular el estatuto de los funcionarios públicos establecerá el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. En igual sentido, FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit., pág. 23.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

puede extraer una idea clara es que se contraponen frontalmente con una actuación orientada por subjetivismos e intereses privados. Por tanto, a pesar de lo que ha apuntado un sector jurisprudencial, una vez constatada la existencia de una decisión es parcial, ya no se podrá afirmar que el sujeto que la emitió perseguía la satisfacción de intereses generales¹⁸⁹.

Esta corriente jurisprudencial resulta criticable en la medida que concibe el procedimiento administrativo y sus cautelas como un “estorbo burocrático” que retrasa la toma de decisiones y no como una garantía de satisfacción de los intereses generales. En este sentido, señalan GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, el procedimiento administrativo constituye una garantía fundamental de los derechos de los administrados, pues posibilita el acierto y la oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la institución pública tenga en cuenta todos los intereses en juego, “evitando que actúe de forma irreflexiva o arbitraria”¹⁹⁰. Su importancia es tal, prosiguen estos autores, que “desde este punto de vista, el sometimiento de la actuación de la Administración a un procedimiento legalmente predeterminado es una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad”¹⁹¹. Por eso, la eficacia o la rapidez en la toma de decisiones no puede suponer el sacrificio de aquellas garantías procedimentales que tengan naturaleza de derechos constitucionales, como aquellas que protegen el efectivo cumplimiento del principio de imparcialidad.

Un aspecto que hay que señalar respecto al principio de imparcialidad es que interviene principalmente en procedimientos donde los funcionarios ejercen potestades discrecionales¹⁹². Es en éstos, y especialmente en aquellos en que la Administración funciona como poder adjudicador, donde se produce los efectos más dañosos pues, la imparcialidad actúa como garantía de la igualdad¹⁹³. En la adjudicación de un contrato, una plaza pública, una subvención...una actuación parcial por parte del funcionario se

¹⁸⁹ Esta corriente jurisprudencial se analizará cuando se expongan los problemas concursales.

¹⁹⁰ GAMERO CASADO, E Y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, pág. 423.

¹⁹¹ GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico*...cit. pág. 423.

¹⁹² Así, también cuanto mayor es el ámbito de discrecionalidad para los jueces, mayor es el riesgo de que en la decisión judicial influyan elementos externos a favor en contra de alguna de las partes. BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad Judicial*...cit. pág. 31.

¹⁹³ COCCIOLO, E “La regulación de la ética de los empleados y cargos públicos. Régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y códigos de conducta”. VV.AA. (ESPUNY I TOMÁS, M.J. y PAZ TORRES, O.) *Quince años de reformas jurídicas: (1993-2008)*. Dykinson. Madrid. 2009, pág. 275 FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 23.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

traduce en un trato desigual por parte de la Administración a sus administrados. Cuando alguien obtiene un contrato, subvención o plaza pública porque quien tenía que adoptar la decisión lo hace motivado por un interés privado, obtiene un trato preferente por parte de la Administración carente de toda justificación, vulnerando el derecho fundamental a la igualdad¹⁹⁴. Por eso, pone de manifiesto FABIÁN CAPARRÓS que la corrupción constituye el paradigma de la desigualdad porque el sujeto obtiene un trato privilegiado por parte del Estado, quebrándose así las reglas del pacto social¹⁹⁵.

Esta relación imparcialidad-igualdad ha sido puesta de manifiesto la doctrina penal hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que la protección de la primera implica la protección medial de la segunda¹⁹⁶. En el ámbito de la contratación pública, sector administrativo estratégico en el que tienen lugar la mayor parte de sentencias condenatorias relativas al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, la relación entre ambas ha sido puesta de manifiesto por el propio Consejo de Estado en relación a los procedimientos de selección de contratistas en su dictamen de 2 de diciembre de 1993 (expediente:1270/93), señalando que “los procedimientos capaces de suscitar la concurrencia, presupuesta la publicidad, constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al concurso, a la subasta o formas híbridas de licitación, y la Administración deberá, con criterios de objetividad, adjudicar la obra (o el servicio) a la proposición más ventajosa para los intereses públicos, sirviéndose así a los principios de objetividad e igualdad”.

¹⁹⁴ BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel. Madrid. 2012, pág. 49.

¹⁹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción del agente público*...cit. pág. 35.

¹⁹⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción*...cit. pág. 31. En igual sentido CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés*...cit. pág. 104; DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho”...cit. pág. 338. DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios públicos*...cit. págs. 48 y 49. El autor considera que en el 439 del Código penal se pone en peligro la imparcialidad y se lesiona la igualdad. En el mismo sentido que el anterior MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales, negociaciones prohibidas y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función”, en VV.AA. *Cuadernos de Derecho judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. Consejo general del poder judicial. Madrid, 1996, pág. 324; CAMPOS MONGE, C. “Contratación pública y corrupción” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº. 112, 2007, págs. 171-218; ACALE SÁNCHEZ, M. “Lección 25. Delitos contra la Administración pública (II)”, en VV. AA. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid, 2016, pág. 187. De hecho, OLAIZOLA NOGALES, aunque a mi juicio discutiblemente, eleva la igualdad a bien jurídico en el delito de cohecho. Vid. OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014, págs. 49 y ss.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ahora bien, el hecho de que la lesión de la imparcialidad a menudo suponga también la vulneración del principio de igualdad no significa que nos encontremos ante un bien individual. Así, lo han insinuado algunos autores cuando se percatan de la existencia de perjudicados, sujetos concretos que no han sido tratados en condiciones de igualdad. Por este motivo, algunos autores han llegado a afirmar que nos encontramos ante preceptos de carácter pluriofensivo que protegen, por un lado, el interés general, y por otro, la igualdad de sujetos concretos¹⁹⁷. No obstante, aunque determinadas decisiones parciales puedan perjudicar a individuos concretos no significa que nos encontremos ante un tipo pluriofensivo o ante un bien individual. La garantía de imparcialidad que hace efectiva la igualdad de trato por parte de la Administración no tiene como objetivo preservar derechos subjetivos, sino garantizar la satisfacción de intereses generales, aunque para ello, indirectamente, también protejan derechos de sujetos concretos. Garantizar la igualdad de trato en el procedimiento nos beneficia a todos los ciudadanos porque favorece la adquisición por parte de la institución pública de bienes y servicios de mejor calidad a mejor precio...¹⁹⁸. Y esto, no debe ser interpretado como un derecho individual, sino como una garantía de que las decisiones van a ser adoptadas conforme al interés general, sin subjetivismos ni preferencias personales. Así considerado, podemos afirmar que nos encontramos ante un bien jurídico colectivo porque cumple con la principal característica que le asigna la doctrina a los mismos: no se puede dividir en partes y asignárselas a cada ciudadano (*Nicht-Distributivität*)¹⁹⁹.

Otro de los efectos sociales dañosos que se pueden predicar de la afección del principio de imparcialidad es que, además de vulnerar un principio de carácter axiológico de anclaje constitucional como el de igualdad, da lugar a ineficiencias de tipo económico que afectan a los ciudadanos en su conjunto²⁰⁰. Así, en el ámbito de la contratación

¹⁹⁷ De su definición de igualdad se deduce que no se trata de un bien jurídico colectivo a pesar de los efectos para la colectividad que se derivan DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios públicos...* cit. pág. 49. Asimismo, alude también a esta idea de pluriofensividad debido a la existencia de una lesión al principio de igualdad para el delito de fraude CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, pág. 10.

¹⁹⁸ De igual forma que el delito de cohecho no persigue proteger el patrimonio económico del particular aunque a veces pueda verse afectado, el delito de negociaciones prohibidas no protege el derecho de ciudadanos concretos a ser tratados en condiciones de igualdad por parte de la Administración.

¹⁹⁹ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes...* cit. págs. 198-212; HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Madrid, pág. 189.

²⁰⁰ En igual sentido FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción del agente público...* cit. pág. 33.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

pública, el hecho de que en la adjudicación intervengan ciertos intereses personales, adultera el procedimiento de selección del contratista y da lugar a que los administrados no concurren competitivamente. La concurrencia competitiva amplía el abanico de opciones asequibles para la Administración pública, contribuye a reducir los costes, aumenta la calidad de lo que se adquiere, reduce los plazos de ejecución... de acuerdo con la lógica de una economía de mercado²⁰¹. En definitiva, supone un aumento de la eficiencia en general y, por tanto, una clara ventaja para los ciudadanos como destinatarios finales de los bienes y servicios que adquiere la Administración²⁰². Por el contrario, los funcionarios que actúan favoreciendo a las empresas en las que tienen un interés, lo hacen a costa de otras que podrían realizar la tarea de una forma más competente o a un menor coste, por tanto el contrato no será adjudicado a quien ofrezca las mejores condiciones, el mejor precio, la mejor materia prima... sino a aquel que utilice estos mecanismos o corruptelas²⁰³, lo que dará lugar a la adquisición por parte de la Administración de bienes o servicios más costosos o de peor calidad, provocando un empeoramiento del servicio que ésta ofrece a los ciudadanos²⁰⁴.

En definitiva, el principio de imparcialidad es fundamental para garantizar el fin constitucional al que se encamina la Administración pública: la satisfacción de los intereses generales y su afectación irroga una serie de efectos sociales dañosos que repercute de forma importante en el conjunto de los ciudadanos.

1.4.3 El principio de imparcialidad como objeto lesionable

²⁰¹ FABIÁN CAPARRÓS apunta que potenciar la competitividad y la iniciativa privada es una buena medida anticorrupción. Vid. “La corrupción política y económica”...cit. pág. 19.

²⁰² De hecho, se podría plantear como hipótesis que la falta de calidad en los servicios públicos que presta la Administración local en España apuntada por estudios como el de BALAGUER COLL, podría deberse a las elevadas cotas de clientelismo. Vid. BALAGUER COLL, T. “La eficiencia en las administraciones locales ante diferentes especificaciones del output”, en *Hacienda Pública Española*. Vol 170, 2004, pág. 37-58. Disponible en internet en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/hac_pub/170_Eficiencia.pdf. La autora señala que el problema de los municipios españoles se encuentra en una menor calidad de los servicios que presta y no en una falta de cantidad de los mismos.

²⁰³ MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas”...cit.; ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos*...cit. pág.105.

²⁰⁴ Esto no se da sólo en el ámbito de la Administración pública, sino en todos los ámbitos. A modo de ejemplo, hay estudios que demuestran que cotas más altas de autonomía y competencia real, así como sistemas basados en el mérito y capacidad dan lugar a mayores niveles de eficiencia en el ámbito de la universidad. Vid. AGHION, P., DEWATRIPONT, M., HOXBY, C., COLLEL MAS, A. y SAPIR, A. “The governance and performance of research universities: evidence from Europe and U.S.”, en *Economic Policy*, volº 25 (61), 2010, págs. 7-59.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Tan importante como una adecuada configuración del objeto de tutela es la identificación de su lesión pues, si la realidad colectiva tutelada no posibilita una identificación clara de su lesión, habrá que concluir que probablemente se esté elevando a la categoría de objeto de tutela una realidad carente de sustantividad que la haga merecedora de protección penal, ampliando arbitrariamente la intervención del Estado²⁰⁵. Por ello, una vez identificado un aspecto de la realidad fundamental para el funcionamiento del sistema social, como es el principio de imparcialidad, el siguiente paso es localizar el momento en el que se produce su menoscabo. De hecho, se puede decir que es éste uno de los principales problemas respecto este bien jurídico. Más incluso que si la imparcialidad constituye o no el objeto de tutela de este precepto penal.

A menudo, se ha afirmado que en los delitos contra la Administración pública al protegerse un bien jurídico supraindividual en la mayoría de preceptos no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración pública, de este modo, señala FEIJOO, el legislador penal ha decidido proteger ciertos presupuestos básicos o principios constitucionales como la imparcialidad, objetividad... con independencia de su carácter lesivo en el supuesto concreto, funcionando su efectiva lesión, en caso de que ésta se produzca, como una agravación²⁰⁶. En este mismo sentido se pronuncian quienes consideran que la imparcialidad es un bien abstracto o ideal, lo que impediría que pudiera ser lesionado por acciones individuales²⁰⁷. Sin embargo, este tipo de afirmaciones son discutibles en la medida que conciben este bien jurídico como objeto que no puede ser afectado por acciones individuales o cuya lesión no irroga efectos empíricamente constatables en el sistema social. Para que un bien jurídico pueda ajustarse al principio de lesividad debe poder ser lesionado, ello significa que debe permitir describir segura y acabadamente un estado anterior y otro posterior a una agresión. En caso de que no pueda identificarse dicho fenómeno, incluso de aquellos configurados normativamente, debe afirmarse que probablemente no estemos ante un objeto que pueda ser elevado a la categoría de bien jurídico²⁰⁸.

²⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J. Control social...cit. pág. 198.

²⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Delitos contra la Administración pública"...cit. pág. 1679.

²⁰⁷ JAREÑO LEAL, A. El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Thomson Reuters. Pamplona. 2015, pág. 25; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Iustel. Madrid. 2011, pág. 160.

²⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J. Control social y sistema penal. PPU. Barcelona, 1987, pág. 198.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Resulta conveniente recordar que la lesión de los bienes colectivos configurados normativamente no debe ser formulada en términos de destrucción o desaparición del objeto de tutela, este efecto “cobra sentido como lesión en aquellos casos en los que los fines a los que sirve- y que motivan la valoración positiva que sirve de base a la norma jurídica protectora -, sólo pueden ser cumplidos conservando su plena integridad física. En otros muchos supuestos, la lesión del bien no implica la destrucción o menoscabo de ningún sustrato físico, sino la afección de su funcionalidad”²⁰⁹. En el caso de los bienes jurídicos que protegen instituciones sociales su lesión implica una pérdida de sus características esenciales, una parálisis de sus funciones o una disfunción en el desarrollo de la misma²¹⁰. Por tanto, en el caso de la Administración pública, los efectos sociales dañosos que se desprenden en el sistema social no se producen porque la Administración deje de funcionar toda ella o porque ésta colapse, sino porque puntualmente se perturba su funcionalidad²¹¹.

Dicho esto, la pregunta que cabe formularse ahora es ¿Cuándo se lesiona el principio de imparcialidad y se empiezan a irrogar en el sistema social los efectos dañosos previamente identificados? Cuando esto suceda se producirá una disfuncionalidad en la actividad que realiza la Administración de cara a los ciudadanos. A mi juicio, la aparición en el sistema social de las secuelas negativas derivadas de la afección del mismo tiene lugar como consecuencia de una actuación parcial del funcionario²¹². Pero, además, ésta debe afectar a las funciones que lleva a cabo la Administración de cara a los ciudadanos pues, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este capítulo, la protección penal de la Administración pública sólo debe llevarse a cabo en la medida que se vulnere su función de satisfacción de intereses generales y no su organización interna, su prestigio o su confianza. Por tanto, la lesión del principio imparcialidad no se produce cuando se da una actitud de predisposición interna del funcionario, sino cuando éste lleva a cabo una actuación parcial que produzca efectos en el sistema social. No se trata de garantizar un estado de asepsia mental del funcionario público, sino de evitar que dicha actitud interna

²⁰⁹ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal*...cit. pág. 244.

²¹⁰ PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal*...cit. pág. 244. Nota 115.

²¹¹ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 321.

²¹² Así, OCTAVIO DE TOLEDO afirma que la integridad del funcionario público “interesa en la medida en que afecta a un correcto desenvolvimiento de la función, y el que en algún tipo no se exija para la consumación la realización material de un acto por el funcionario público cohechado, no responde sino a un certero adelantamiento de las barreras de protección penal...Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. pág. 147. En la misma línea ORTIZ DE GIMENO, I. “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 254.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

se refleje en una resolución, informe, asesoramiento, agilización de un trámite o cualquier otra actuación que sirva para colocar a un sujeto en una posición injustamente ventajosa para recibir un beneficio administrativo, pues de lo contrario se vulneraría el principio de lesividad.

El acto administrativo que más consecuencias irroga y que, por consiguiente, más afecta a los ciudadanos es la resolución, pues produce efectos administrativos definitivos en el sistema social que vinculan a la Administración como persona jurídica. No obstante, a diferencia de lo que han insinuado algunos autores, no es el único y, por consiguiente, no es el único con capacidad para lesionar el bien jurídico. Por ejemplo, agilizar un trámite administrativo de un sujeto debido a que el funcionario ha recibido un soborno también constituye una actuación parcial que repercute en la actividad que realiza la Administración de cara a los ciudadanos. De hecho, si las causas de abstención-recusación rigen no sólo para actos resolutivos sino también para los de trámites es porque el legislador es consciente de que hay ciertas actuaciones en el ámbito del procedimiento administrativo que producen efectos jurídicos importantes²¹³.

Otro ejemplo de acto que produce efectos constatables en el sistema social son los informes. A diferencia de lo que ha señalado VIRTO, los informes son actos administrativos que tienen capacidad para lesionar el bien jurídico en la medida que en aquellos procedimientos en los que se emiten deben ser tenidos en cuenta, más aún si son preceptivos y vinculantes²¹⁴. En la misma línea que VIRTO, GONZÁLEZ CUSSAC apunta que los informes no producen efectos directos, así señala que “Al Derecho penal sólo le interesa garantizar la función pública en cuanto trascienda a los ciudadanos. Y obviamente no trascienden los actos no resolutivos”²¹⁵. Sin embargo, esta opinión supone obviar la importancia de este tipo de actos para la adopción de resoluciones en el procedimiento administrativo, donde, a menudo, quienes las adoptan tienen el carácter de autoridad pero están obligados a basar sus decisiones en informes emitidos por funcionarios técnicos²¹⁶. A mi juicio, no sólo de las resoluciones se derivan efectos

²¹³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 60.

²¹⁴ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 130.

²¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. El delito de prevaricación...cit. pág. 50.

²¹⁶ En el mismo sentido GARCÍA PÉREZ. Para el autor un informe tiene capacidad para lesionar la Administración pública pero generar un peligro para otros bienes como la ordenación del territorio. Vid. GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

negativos para los ciudadanos, sino de cualquier acto administrativo que condicione la misma. Por consiguiente, la emisión de un voto o un informe, en la medida que son actos fundamentales para la emisión de una resolución, lesionan el bien jurídico.

La emisión de un voto parcial o un informe parcial por parte de un funcionario público, incluso aunque la resolución a la que iban encaminados no haya salido adelante, constituye un trato desigual por parte de la Administración a quienes que participan en el procedimiento y desde ese momento se irrogan muchos de los efectos negativos en el sistema previamente expuestos. Así, un sujeto que emite un voto favorable a su propia causa se coloca a sí mismo en una posición injustamente privilegiada a la hora de recibir un beneficio administrativo. Es decir, su empresa tendrá más opciones de salir como adjudicataria del contrato que la de cualquier otro sujeto que no tenga un miembro dispuesto a votar a su favor en el órgano que de decisión. Y desde ese momento, los administrados no compiten en condiciones de igualdad. Coloquialmente, se puede decir que el sujeto injustamente favorecido juega con “las cartas marcadas”, incluso aunque esto no le sirva para ganar la partida. Si no se perciben los efectos dañosos de otras conductas parciales que no constituyen la emisión de una resolución es por el hecho de que sólo se concibe la lesión del bien jurídico en términos de todo o nada. Es decir, o se recibe el beneficio final que se persigue o no se ha menoscabado el bien jurídico. Sin embargo, podemos imaginar una situación en la que la intervención parcial de un sujeto en un procedimiento administrativo no sirva para colocarlo como primera opción pero sí como segunda ¿La decisión de colocarlo como segundo posible adjudicatario de un contrato no afectaría al bien jurídico? ¿Qué pasaría si, por ejemplo, la primera opción rechazase y la siguiente opción fuera la que se ha colocado segunda injustamente? ¿Sólo menoscabaría el bien jurídico si finalmente resulta elegida?

Buena prueba de la dificultad que constituye percatarse de los efectos sociales dañosos que produce una actuación parcial que no consista en una resolución se pone de manifiesto con la evolución italiana del delito de *abuso d'ufficio*. La doctrina italiana, al igual que la española, también consideró que la inexistencia de un efecto consistente en la obtención por parte del funcionario público de una ventaja patrimonial injusta o la producción de un perjuicio patrimonial para el erario público hacían que el delito de

del Código penal”, en VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 1268.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

interesse privato del antiguo 324 CP italiano, antecedente del actual *abuso d'ufficio*, fuera ilegítimo por no respetar el principio de lesividad²¹⁷. Para los autores italianos este tipo penal planteaba el problema respecto a cuándo se producía una conducta penalmente relevante, considerando que sólo criminalizaba un deseo subjetivo no materializado en una lesión posterior²¹⁸. Así, fue duramente criticado por PICOTTI que apuntaba respecto al mismo que tan erróneo es exigir para la constitución del injusto exclusivamente la producción de un daño o ventaja injusta de forma objetiva, sin que exista dolo alguno, como castigar una “conducta neutral” que se sustente sólo a través del dolo específico de cometer un acto ilegítimo, ya sea perseguir una ventaja o un daño patrimonial²¹⁹. Debido a las críticas doctrinales recibidas el *interesse privato* fue derogado en 1990 por el propio legislador.

Desde ese momento, para evitar este tipo de conductas, el Código penal italiano previó el *abuso in atti d'ufficio*²²⁰, que en 1997 fue reformado para dar lugar al actual *abuso d'ufficio*, tipificado en el artículo 323. Con este tipo, indican FIANDACA y MUSCO, se transforma el delito anterior de *interesse privato* de consumación anticipada, que sólo requería cualquier actuación encaminada a obtener una ventaja o a la producción de un daño, exigiendo la efectiva producción de uno u otro a través de una resolución administrativa²²¹.

Sin embargo, el razonamiento que hacen los autores italianos y que llevó al legislador a derogar *motu proprio* el tipo de *interesse privato* se basa en considerar que no hay otro tipo de actuaciones parciales a lo largo del procedimiento, al margen de la resolución, que lesionen el bien jurídico. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, agilizar un trámite, emitir un informe o un voto motivado por intereses

²¹⁷ La doctrina italiana se cuestionó la lesividad del delito de *interesse privato* del antiguo 324 CP italiano, antecedente del actual *abuso d'ufficio*, cuyo verbo típico hablaba de “interesarse” debido a que, según algunos autores, sólo tipificaba la infracción de un deber de abstención, recaía sobre la existencia de un mero interés sin exigir que el mismo se consiguiese, como declara PICOTTI, L. *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*. Giuffré. Milán. 1993, pág. 266.

²¹⁸ RAMPIONI, R. *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.* Giuffré. Milán. 1984, pág. 328.

²¹⁹ PICOTTI, L. *Il dolo specifico...* cit. pág. 269 y 270. También fue criticado por FIANDACA, G y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale. Vol I. Prima edizione*. Zanichelli editore. Bolonia. 1993, pág. 153, que recogen los calificativos de la doctrina de «ambiguo» “polivalente”, “envuelto en un halo de misterio e inseguridad”, “problemático”, “impenetrable”, “nebuloso”... ».

²²⁰ FIANDACA, G. Y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale. Vol I. Quarta edizione*. Zanichelli. Bologna. 2007, pág. 245.

²²¹ FIANDACA, G. Y MUSCO, E. *Diritto penale...* cit. pág. 246.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

privados supone otorgar a un sujeto en una posición injustamente ventajosa para recibir un beneficio administrativo y constituye un trato desigual a los administrados por parte de la institución pública que se traduce en que éstos no participan en el procedimiento condiciones de concurrencia competitiva, irrogando efectos económicos indeseables en el sistema. A diferencia de lo que manifiestan los autores italianos, no son conductas neutrales, sino lesivas, lo único que ocurre es que los efectos dañosos que se irrogan en el sistema social no son materiales en el sentido de que sean perceptibles por los sentidos.

Otro problema con respecto a la lesión del bien jurídico es el de identificar cuándo una actuación administrativa es parcial. Es decir, detectar cuándo un sujeto a la hora de llevar a cabo una actuación administrativa se ha dejado influir por intereses privados. Su prueba se complica porque es un aspecto que pertenece a la psique humana. Apunta MONTERO AROCA que “la influencia o no en el juez de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad. Una misma circunstancia puede tener efectos muy distintos en el ánimo de cada juez. Determinada relación de parentesco con una de las partes de un proceso puede hacer que un juez se vea influenciado, de modo que su decisión no pueda dejar de tomar en consideración aquella circunstancia (...) mientras que esa misma relación en otro juez, puede no tener influencia alguna sobre su imparcialidad”. Por eso, “a pesar de que la imparcialidad tiene que ser subjetiva y no puede dejar de serlo, lo que la ley hace es intentar objetivarla y para ello suele establecer una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad”²²².

Estas situaciones de peligro son identificadas en el mundo anglosajón a través del concepto de conflictos de interés, considerándose éstos como la antesala de conductas corruptas graves²²³. Se trata de un concepto amplio que abarca todo tipo de situaciones en las que se coloca a un funcionario en una situación en la que debe elegir entre interés

²²² MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez...*cit. pág. 188; En el mismo sentido, BACHMAIER WINTER, que señala que “las causas que han sido objetivadas como riesgos para la imparcialidad, se fundan en la presunción de que inciden- o pueden incidir- en el ánimo o actitud del juzgador”, en *La Imparcialidad Judicial...*cit. pág. 27.

²²³ La cultura administrativa continental se ha apoyado más en la idea de interés general y los principios de imparcialidad e integridad dejando de lado la prevención y conceptualización de los conflictos de interés PARIS, T. “Is (French) continental law efficient at fighting conflicts of interests?”, VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T). *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northampton, 2014, pág. 144.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

general e interés privado²²⁴. De hecho, aunque el concepto de conflicto de interés sea principalmente anglosajón éstos encuentran su “equivalente funcional” en algunas situaciones de riesgo identificadas en los ordenamientos continentales y ante las que se han establecido medidas preventivas como la abstención-recusación, los deberes de incompatibilidad, etc.²²⁵. Por ejemplo, coloca al funcionario en una situación de conflicto de interés el tener que resolver en un asunto en el que él mismo o un familiar directo tienen un interés personal. La presencia de un sujeto en un procedimiento que está obligado a abstenerse pero no se abstiene, quiebra la apariencia de imparcialidad del procedimiento, pero no necesariamente la imparcialidad misma²²⁶. Es decir, se produce un riesgo de parcialidad.

La OCDE ofrece una definición más concreta sobre qué debe considerarse un conflicto de interés, diciendo que se trata de “un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades²²⁷”. Esta organización clasifica los conflictos de interés en potenciales, aparentes o reales. El conflicto potencial surge cuando un funcionario público tiene intereses privados de naturaleza tal que podría dar lugar a una situación de

²²⁴ Considera que se trata de un “*broad umbrella term*” ROSE-ACKERMANN, S. “Corruption and conflicts of interest”, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T). *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, pág. 6.

²²⁵ El concepto de equivalente funcional (*funktionales Äquivalent*) es el concepto central de la metodología propia del derecho comparado. Se trata de un concepto que permite comparar desde un punto de vista funcional instituciones, leyes o doctrinas de derecho interno. Así, a través del mismo se puede comprobar cómo abordan diferentes ordenamientos el mismo problema. Sobre el concepto de equivalente funcional Vid. SCHWEWIN, K. Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, en Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Vol. 83, No. 1 (2000), págs. 30-51; ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3 Auflage. J.C. B.Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, pág. 348. Sobre la importancia de abordar el derecho comparado desde una metodología funcional SIEBER, U. “Grenzen des Strafrechts. Das neue Forschungsprogramm”, en VV.AA (ALBRECHT, H, J., SIEBER, U., Hrsg) *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*. Duncker & Humboldt. Berlín. 2006, págs. 71-72.

²²⁶ Identifican el concepto de conflicto de interés como una situación peligrosa para el principio de imparcialidad FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 28.; MATARELLA, B.G, “The conflicts of interests of public officers: Rules, checks and penalties”, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, pág. 30-38; GARCÍA MEXÍA, P.L. “La ética pública. Perspectivas actuales”, en *Revista de estudios políticos*, nº 114, 2001, págs. 131-168; COCCIOLO, E “La regulación de la ética de los empleados y cargos públicos. Régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y códigos de conducta”. VV.AA. (ESPUNY I TOMÁS, M.J. y PAZ TORRES, O.) *Quince años de reformas jurídicas: (1993-2008)*. Dykinson. Madrid. 2009, pág. 279; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2015, págs. 187 y ss.

²²⁷ OCDE. *Managing Conflict of Interest in the Public Service. OECD guidelines and country experiences*. 2003, pág. 24 y 25. Disponible en internet: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf>.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

conflicto de intereses real si, llegado el caso, tuviera que asumir determinadas responsabilidades oficiales. Por su parte, el aparente es aquel en el que se puede pensar razonablemente que ejerce una influencia indebida en el sujeto, pero que en el caso concreto no opera como tal. A modo de ejemplo se puede poner el caso del concejal de urbanismo que ejerce en su propio municipio actividades de promoción inmobiliaria. Puede que esa situación no llegue a materializarse en un supuesto concreto que obligue al concejal a optar por uno de los dos intereses en juego pero, desde luego, se trata de una situación peligrosa para la función pública que desde un punto de vista preventivo hay que combatir. Traducidos a lenguaje jurídico penal, ambos conflictos de interés suponen un peligro abstracto para el bien jurídico porque la posibilidad de que el sujeto activo lleve a cabo una actuación parcial en un asunto concreto se presenta como lejana. Por el contrario, el conflicto de interese real es aquel que plasma una situación concreta y actual en la que el sujeto tiene que optar por cumplir con su deber de funcionario público o actuar motivado por intereses ajenos al cargo. Como ejemplo de conflicto de interés real se puede poner el del sujeto que en el transcurso de sus funciones tiene que tomar una decisión en la que tiene un interés personal o que afecta a familiares directos. Dicha situación, en la que el sujeto todavía no ha optado por ninguno de los dos intereses en juego es una situación de peligro concreto. En estos casos existe un peligro real e inminente de tomar una decisión imparcial.

Lo que llegados a este punto cabe plantearse es cuándo se puede afirmar que deja de existir un riesgo para el bien jurídico y se produce su lesión. Como expone MATARELLA, la idea de conflicto de interés se encuentra asociada a la idea de peligro, pues siempre existe una situación peor en la que se produce un resultado como consecuencia de dicho conflicto y este momento será en el que deja de haber peligro y se produce una lesión real y evaluable²²⁸. Pues bien, dicha situación de lesión se producirá si, como consecuencia de ese conflicto, el sujeto lleva a cabo una actuación de la que claramente se irroguen en el sistema los efectos nocivos expuestos²²⁹. Dicho de otro modo, la lesión sólo se puede constatar cuando el sujeto lleva a cabo una actuación contraria a lo que la cautela que “objetiva” el principio de imparcialidad prohíbe. En esta situación, por seguir con el ejemplo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el

²²⁸ MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...” cit. pág. 32

²²⁹ MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...”cit. pág. 32; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR.L “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de administración pública*, nº 181, 2010, págs. 9-37, pág 29.

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

individuo deja de ser sospechoso y es claramente parcial cuando, ante la obligación de abstenerse legalmente establecida para familiares con un determinado grado de parentesco, lleva a cabo una actuación administrativa o resuelve en un sentido que beneficia dicho familiar.

Ahora bien, un aspecto que hay que tener en cuenta es que no todas las reglas dispuestas administrativamente para evitar una decisión parcial son tan importantes como para afirmar que “objetivan el principio de imparcialidad”. Es decir, la infracción de cualquier cautela del ordenamiento jurídico no puede implicar automáticamente una lesión a la imparcialidad como objeto de tutela. Respecto a la cautela consistente en el deber de abstención, como señalan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, no todas las infracciones de las causas de abstención previstas en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público tienen la misma importancia²³⁰. No es equivalente la existencia de un interés personal en el procedimiento en el que se interviene, que haber participado con carácter previo como perito o como testigo en la causa. A diferencia del segundo, del motivo-causa consistente en “tener un interés personal en el asunto” se puede predicar su universalidad y su capacidad para objetivar el principio de imparcialidad. Además, a diferencia por ejemplo de la amistad, ni si quiera requiere comprobar si en el supuesto concreto este motivo tuvo alguna incidencia efectiva en la actuación del sujeto.

1.5 La conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos como delito de lesión

Sin perjuicio de que con posterioridad se puedan plantear si existen otros supuestos de hecho que puedan ser sancionados a través del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, como ya se ha expuesto, la mayoría de la doctrina coincide en que la infracción administrativa que subyace bajo este tipo penal es la infracción del deber abstención, que constituye una cautela que trata de garantizar el principio de imparcialidad, evitando que en un proceso administrativo concreto el sujeto público intervenga persiguiendo intereses privados. Por consiguiente, es este, en principio, el objeto tutelado por el precepto penal. En cualquier caso, llegados a este punto la pregunta que cabe formularse es si la conducta de negociaciones prohibidas a los

²³⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 29.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

funcionarios públicos prevista en el Código penal castiga una puesta en peligro o una lesión del bien jurídico.

Teniendo en cuenta cómo se ha definido la puesta en peligro y la lesión del principio de imparcialidad, a mi juicio, y sin perjuicio de que con posterioridad se profundice sobre esta idea, nos encontramos ante un delito de lesión. Esto se debe precisamente al hecho de que el tipo penal exige que el sujeto intervenga parcialmente en un asunto administrativo con la intención de procurarse un interés (definido por el artículo 439 del Código penal como la participación en un negocio o actuación). Dicha intervención, como se expondrá cuando se analice el tipo, podrá consistir en la emisión de una resolución, un informe, un voto, etc. o cualquier conducta con suficiente relevancia como para condicionar la resolución que en el procedimiento se adopte, afectando a la función que desarrolla la Administración de cara a los ciudadanos. Llevando a cabo la conducta prohibida por el artículo 439 del Código penal, el sujeto penal sobrepasa la situación de conflicto de interés y opta claramente por aquel que le reporta un interés personal.

La postura aquí defendida contrasta con la de un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia que señala que nos encontramos ante un delito de peligro e incluso de peligro abstracto²³¹. Esto se debe, según esta posición doctrinal, a que el delito de negociaciones prohibidas no produce un resultado consistente en un perjuicio patrimonial para la Administración pública, en la adopción por parte de una resolución injusta o en la obtención de un beneficio de carácter económico por parte del funcionario. Así, señala la SAP Islas Baleares 106/2000, de 23 de mayo²³², “la crítica hacia dicha incriminación fue constante desde el punto de vista doctrinal científico, por entrañar tal situación el establecimiento de sanciones punitivas simplemente obedientes al incumplimiento de deberes de abstención o no intervención, siendo especialmente rechazable que se diera lugar a incluir en la esfera criminal conductas por completo ajenas a las situaciones de ilegalidad del acto, lucro reprobable o perjuicio fraudatorio para la Administración

²³¹ Ponen de manifiesto que estamos ante un delito de peligro abstracto REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios”, en VV.AA. (ÁLVAREZ ARCÍA, F.J y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L Dir). Comentarios a la Reforma penal de 2010. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pág 487; SSTs 2137/1992, de 8 octubre, (RJ 1992\7949); 92/1999, de 1 de febrero, (RJ 1999\209). Consideran que estamos ante un delito de peligro DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios públicos...* cit. pág 49; CUGAT MAURI, M. “Lección 16...” cit. pág 587.

²³² (ARP 2000\734)

CAPÍTULO 1: BIEN JURÍDICO Y LESIVIDAD DE DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

pública”²³³. La ausencia de este tipo de resultados ha motivado que la jurisprudencia haya catalogado el reproche como “ético o estético”²³⁴. Por eso, el Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones ha señalado que “la razón del delito es defender el interés de la Administración pública, más moral que patrimonial, en preservar la integridad y rectitud del funcionario, o incluso la moralidad en la actuación del mismo”²³⁵.

Sin embargo, como ya se ha apuntado a lo largo del Capítulo, el bien jurídico identificado no es un ente meramente moral o ético, sino un aspecto de la realidad social valioso cuya lesión produce efectos nocivos empíricamente constatables en el sistema social. Este tipo de resultados no se materializan en la existencia de un perjuicio económico para la institución pública o la obtención de un beneficio de este tipo para el funcionario, sino que se derivan de la existencia de una actuación administrativa que puede ser calificada como parcial, interesada en cuanto al fondo y que produce las consecuencias ya destacadas²³⁶. Además de no producir un perjuicio económico para la Administración, la lesión del bien jurídico tampoco conlleva la existencia de una decisión administrativa manifiestamente ilegal o la adopción de una decisión ineficiente. Así, se podrá apreciar este tipo penal aunque la resolución adoptada sea la mejor, económicamente hablando, para la institución pública o aparentemente no se haya emitido incumpliendo ninguna norma legal (al margen de aquella que obliga al sujeto a abstenerse cuando tiene un interés personal en el asunto)²³⁷. Este hecho ha sido criticado por autores como MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, que consideran censurable la condena por parte del Alto Tribunal al alcalde de un municipio por haber

²³³ En el mismo sentido se pronuncian MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA que señalan que “esta criticable interpretación formal del delito tipificado en el artículo 439 (...) posibilita la confusión entre el reproche moral o ético que esta clase de conductas merecen y el reproche jurídico que legitima la intervención penal. MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M. “Capítulo IX...”cit. págs. 1797-1798.

²³⁴ SAP Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo, (ARP 2000\734).

²³⁵ Vid. SSTs de 14 mayo de 1994 (RJ 1994\3703), de 8 febrero de 1994 (RJ 1994\670), de 30 octubre 1993 (RJ 1993\8000); de 17 de julio de 1998 (1998\5841); de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10329); de 19 de enero de 2001 (RJ 2001\399); 696/2013 de 26 septiembre (RJ 2014\1832).

²³⁶ Como acertadamente señala SANCINETTI “es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa una injerencia orientada al beneficio”, en SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* nº 39, 1986 pág 881.

²³⁷ Lo que, en realidad, ya la convertiría en manifiestamente ilegal. En igual sentido CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades...*cit. pág. 529.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros de material informático en favor de la empresa de su esposa “habiéndose probado que la adquisición del citado material informático era necesaria y que el precio de adquisición fue incluso favorable al propio Ayuntamiento²³⁸”.

Como se acaba de señalar, el razonamiento esgrimido por estos dos autores resulta cuestionable en la medida que no sitúa adecuadamente la dañosidad social que produce la afección al objeto de tutela identificado. La adjudicación de un contrato por parte del alcalde a su propia empresa o a la de su esposa en un concurso público no es lesiva porque sea económicamente perjudicial para la Administración, sino porque persigue la satisfacción de intereses privados. Por consiguiente, desde el punto de vista de la afección al bien jurídico resulta irrelevante si el objeto del contrato es útil para el ayuntamiento, si la necesidad de ofertar dicho contrato existía, si la realización de la obra se llevó a cabo correctamente, si era la empresa más eficaz, si no se lesionó el erario público o si la decisión administrativa no es “manifiestamente ilegal”, aspectos que de concurrir podrían incluso permitir apreciar la existencia de otros tipos penales²³⁹

²³⁸ MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M. “Capítulo IX. De las negociaciones...cit. pág 1797.

²³⁹ En igual sentido GREEN, S.P. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral sobre los delitos de cuello blanco*. Marcial Pons. Madrid. 2013, pág. 270; CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés...cit. pág. 110*; FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...cit. 191*.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE
NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE
LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN
MÍNIMA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

2.1 Introducción

Se ha extraído de la realidad social un principio valioso y fundamental para el funcionamiento de la Administración pública como es la imparcialidad de la actuación administrativa, que es afectado a través de las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y que merece tutela por parte del derecho. No es un interés moral, tal y como ha señalado un sector de la jurisprudencia, sino que se trata de un presupuesto esencial de la convivencia que tiene un claro anclaje constitucional. Pero todavía no sabemos si tiene la suficiente entidad como para ser tutelado por el Derecho penal y al menos en la modalidad de ataque que contempla el artículo 439 del Código penal.

En cualquier caso, como ya se ha adelantado, el bien jurídico no es el instrumento indicado para responder a estas cuestiones. En Derecho penal constituye un dogma, un precepto penal es ilegítimo si no protege un objeto digno de tutela. Sin embargo, el resto del ordenamiento también se orienta a la protección de objetos valorados socialmente y no de entes ideales o morales²⁴⁰. Por tanto, la distribución de contenidos entre los diferentes sectores del ordenamiento no puede llevarse a cabo recurriendo únicamente a este instrumento, sino que es necesario acudir a otros principios que aludan tanto a criterios de carácter axiológico como de carácter utilitarista²⁴¹. Como dicen WOHLERS y HIRSCH, prácticamente hoy día toda conducta penal puede vincularse a un objeto de protección legítimo, por lo que más importante que la existencia de uno será averiguar hasta qué punto y qué conductas pueden legítimamente integrarse en el Derecho penal y estas preguntas no pueden ser respondidas desde la teoría de exclusiva protección de bienes jurídicos²⁴².

²⁴⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho...*cit. pág. 276; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi. Pamplona, 1997, pág. 332; ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*cit. pág. 32(nm. 60).

²⁴¹ ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico...*cit. pág. 24.

²⁴² VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. “Teoría del bien jurídico y...” cit. pág. 287.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Por ello, la discusión sobre la irracionalidad legislativa y la expansión del Derecho penal debe ser abordada también a través de otros argumentos y principios penales como los de la intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad)²⁴³. Estos juegan un papel crítico mayor pero se construyen irremediabilmente sobre la existencia de un objeto de tutela legítimo, especialmente el principio de fragmentariedad, que analiza la importancia del bien jurídico y las conductas que más gravemente lo afectan²⁴⁴. Así, la existencia de un tipo penal que protege una realidad dudosamente esencial para la convivencia social impedirá el acceso al siguiente nivel de análisis correspondiente a los principios de intervención mínima, pues de una conducta que no se predica lesividad alguna por no afectar a un bien jurídico no se podrá afirmar que merece un castigo penal²⁴⁵. Por otro lado, aunque una conducta atente contra un bien jurídico legítimo puede que no merezca un reproche penal si no constituye una forma de ataque tan grave o el bien jurídico es especialmente relevante²⁴⁶.

La necesidad de llevar a cabo un estudio sobre los principios de intervención mínima en el caso de las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es especialmente acuciada. Ya se ha puesto de manifiesto lo escasamente estudiado por la doctrina y aplicado por nuestros tribunales que ha sido el tipo delictivo previsto en el 439 del Código penal²⁴⁷. La explicación se debe a una multitud de factores entre los que destacan: la elevada cifra negra de los delitos relacionados con la corrupción, los problemas probatorios, la nefasta redacción del precepto, los problemas concursales que plantea, etc. Pero, probablemente, uno de los argumentos que más se repite en la

²⁴³ De hecho, es precisamente en torno a estos principios donde se desarrolla el debate penal actual y no en torno al bien jurídico. En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho...* cit. pág. 276; FRISCH, W. “Bien jurídico, derecho...” cit. pág. 318. Sin embargo, la integración de los postulados del principio de fragmentariedad y subsidiariedad bajo un macro principio denominado “de la intervención mínima” ha dado lugar durante mucho tiempo a confusiones conceptuales principio (Vid. DÍEZ RIPOLLÉS J.L. *La racionalidad...* cit. pág. 143). Por eso, en aras de un análisis exhaustivo y adecuado que permita la conducta contemplada por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos debe ser castigada penalmente, se hace necesaria una adecuada delimitación entre ambos.

²⁴⁴ Aluden a la idea de que el juicio de fragmentariedad se construye sobre el bien jurídico: MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Ariel. Barcelona, 1994, pág. 166; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 211.

²⁴⁵ Así, por ejemplo Hefendehl se plantea por qué el Derecho penal tiene que entrar a castigar el incesto cuando la prohibición de las relaciones sexuales entre parientes ni siquiera puede ser definida como una convicción cultural homogénea en los países europeos. Sin embargo, esta discusión, más que plantearse desde la óptica del principio de fragmentariedad, debe ser abordarla en un nivel previo, el correspondiente al bien jurídico y al principio de lesividad que sobre el mismo se construye. HEFENDEHL, R. *Der fragmentarisches Charakter des Strafrechts*, en JA, junio 2011, págs. 401-406.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho...* cit. pág. 286.

²⁴⁷ Aunque en los últimos años se ha producido un sutil incremento. Vid. JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...* cit. pág. 36.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

escasa doctrina y jurisprudencia recaída sobre el mismo es que el artículo 439 del Código penal contempla un ataque no suficientemente grave contra el bien jurídico, lo que lo convierte en un precepto que no merece ser incorporado al Código penal, existiendo medidas que lo eviten o repriman en otros sectores del ordenamiento menos restrictivos de Derechos fundamentales²⁴⁸. Debido a las dudas que plantea su previsión en el Derecho penal, el tipo delictivo objeto de esta investigación no sólo requiere de un análisis dogmático que ayude a interpretar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, sino que exige un estudio de carácter político criminal que sirva para reafirmar o rechazar su inclusión en este sector del ordenamiento.

El principio de fragmentariedad se asienta sobre la idea de que el Derecho penal debe quedar reservado para prevenir conductas gravemente perjudiciales, lo que se materializa en dos ideas: que el Derecho penal está orientado a la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia social externa y que sus intervenciones quedan limitadas a los ataques más intolerables frente a estos²⁴⁹. Por consiguiente, no deben ser sancionados todos los comportamientos que afecten a bienes jurídicos, sino sólo aquellos que por sus características constituyan un ataque especialmente grave. El principio de fragmentariedad elabora un juicio doble que responde a las cuestiones relativas a qué bienes puede incorporar legítimamente el Derecho penal y frente a que ataques contra éstos puede reaccionar. La justificación del principio que se analiza tiene su origen en el reconocimiento expreso de que el Derecho penal adolece de un cierto déficit de legitimación proveniente de la gravedad de las sanciones con las que opera, capaces de restringir Derechos fundamentales. Así, apunta SILVA SÁNCHEZ, si la consecuencia jurídica “pena” es más grave que las propias de otros sectores del

²⁴⁸ En este sentido; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios...* cit. pág 176; MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51...” cit. pág 995; MORALES PRATS, F y MORALES GARCÍA, O. “Capítulo IX. De las negociaciones...” cit. pág 1841; VV.AA. “Lección XLVII. Corrupción y abuso de poder (II), en *Nociones fundamentales de Derecho penal Parte especial (adaptado al EEES)*. Tecnos. Madrid. 2010, pág 772; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC). *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Tirant lo Blanch y GEPC. Valencia, 2010, pág 56. Así, la SAP de Toledo 48/1998 de 21 de septiembre (RJ 19983618) pone de manifiesto para el delito de negociaciones prohibidas que “las meras situaciones de incompatibilidad o irregularidades en la contratación, podrán ser objeto de acciones administrativas o generar las responsabilidades políticas pertinentes, pero no de reproche penal, al no estar incardinadas en el delito objeto de acusación”.

²⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS J.L. *La racionalidad...* cit. págs. 140-141; SILVA SÁNCHEZ, J.M *Aproximación al derecho...* cit. pág. 267; ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit. pág. 45 (nm. 97); MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. Reppetor. Barcelona. 2015, pág 129; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. págs. 332- 333.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ordenamiento, también será precisa una dañosidad cualificada para fundamentar su aplicación²⁵⁰. En consecuencia, como sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, será la gravedad de los ataques para la convivencia social, lo que justifica que sean recogidos expresamente por un sector específico del ordenamiento²⁵¹.

Por su parte, el segundo principio de la intervención mínima, el de subsidiariedad o *ultima ratio*, trata de agotar los medios de control social menos lesivos disponibles tanto fuera como dentro del ordenamiento jurídico antes de recurrir al Derecho penal. El mismo se asienta sobre la idea de que el Derecho penal sólo debe intervenir cuando fracasen otros medios de solución social del conflicto²⁵². Para ello, trata de dilucidar si para reprimir un comportamiento lesivo se debe recurrir a la “artillería pesada” del ordenamiento jurídico o si por el contrario, basta con la intervención de otro tipo de medidas ajenas a este sistema que impliquen un coste menor²⁵³. Como indica MIR PUIG, deberá preferirse en primer lugar en la utilización de medios desprovistos de sanción, como una buena política social. Sólo en el caso de que este primer análisis sea negativo habrá que acudir a sanciones de carácter no penal y únicamente cuando dichos medios de control social hayan fracasado recurriremos a la pena o la medida de seguridad²⁵⁴.

En resumen, el juicio de fragmentariedad determina en primer lugar los límites mínimo y máximo de una hipotética intervención penal, decidiendo si es posible que el Derecho penal entre a castigar en abstracto un determinado comportamiento. Por eso, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que se trata de un principio de carácter expansivo y no limitador porque pese a su repliegue inicial a los objetos de tutela indiscutibles y afecciones sociales más intolerables autoriza a llegar todo lo lejos que permita el ordenamiento²⁵⁵. Pero para que efectivamente esa intervención penal se materialice será necesario llevar a cabo un juicio posterior, el de subsidiariedad, en el que se compruebe la existencia de otros mecanismos previos y ajenos al Derecho penal. Se trata de dos principios que responden

²⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho*...cit. pág. 273.

²⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad*...cit. pág. 142.

²⁵² ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...cit. pág. 45 (nm 97).

²⁵³ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso*...cit. pág. 208.

²⁵⁴ MIR PUIG, S. *Derecho penal*...cit. pág. 128.

²⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad*...cit. pág. 142. En igual sentido RANDO CASERMEIRO que indica que “si mediante el principio de fragmentariedad seleccionamos las conductas más lesivas, lo lógico es que se tienda a imponer a ellas sanciones más graves: ese es el efecto expansivo inherente al principio”. Ahora bien, como apunta este autor, si el Derecho penal se ve limitado en la gravedad de sus sanciones no es precisamente por la aplicación de este principio sino por otros que atenúan este efecto expansivo. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pág. 198.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

a lógicas diferentes y sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada limitación de los objetos protegibles²⁵⁶. El principio de fragmentariedad tiene un contenido ético vinculado con la idea de merecimiento de pena, mientras que, por su parte, el principio de subsidiariedad, de carácter utilitarista, se relaciona con la idea de necesidad de pena²⁵⁷. Por su contenido de justicia, la fragmentariedad cobra un peso mayor y su análisis se ha de llevar a cabo con anterioridad a cualquier juicio de carácter utilitario²⁵⁸.

En las siguientes líneas se procederá a analizar la conducta de negociaciones prohibidas a la luz del principio de fragmentariedad. Para ello, se abordarán los dos niveles en los que éste se divide, en primer lugar, si el bien jurídico goza de suficiente importancia como para ser elevado a objeto de protección penal y en segundo lugar, si la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos constituye, y en qué condiciones, un ataque especialmente intolerable contra el mismo. Una vez llevado a cabo éste, y en caso de que el juicio extraído sea favorable a la intervención del Derecho penal, se llevará a cabo el de subsidiariedad consistente en un análisis sobre la existencia de otros medios de control social menos lesivos.

2.2 El principio de imparcialidad en la actuación administrativa a luz del principio de fragmentariedad

Para que un bien jurídico sea lo suficientemente importante como para merecer un reproche penal la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación debe ser considerada indispensable para el desarrollo del sistema en su conjunto²⁵⁹. Justificar la importancia que tiene para el conjunto de la sociedad el bien

²⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ J.M. *Aproximación al derecho...* cit. pág. 267 nota a pie 369.

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ J.M. *Aproximación al derecho...* cit. pág. 291; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. pág. 336; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 209-210. Respecto al principio de fragmentariedad únicamente JESCHECK H.H/WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Duncker & Humboldt. Berlín. 1996, pág. 52 (nm. 1).

²⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ J.M. *Aproximación al derecho...* cit. pág. 267; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 209. Sobre las diferentes posiciones doctrinales relativas a la relación entre fragmentariedad y subsidiariedad. Vid. PRIETO DEL PINO, A.M. “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en V. AA. NIETO MARTÍN, A.; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. BECERRA MUÑOZ, J. (coord.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons. Madrid. 2016, págs. 274 y ss.

²⁵⁹ Como dice GÜNTHER “No debe ser sancionado penalmente todo comportamiento que lesione o ponga en peligro un bien jurídico sino sólo aquellos que perturben el orden social” Vid. GÜNTHER; H. L. Die Genese eines Straftatbestandes”, en *JuS*, 1978, Heft 1, pág. 12. Por ello, para identificar si las conductas son especialmente dañosas deberá averiguarse si éstas afectan a las necesidades del sistema social en su conjunto, lo que DÍEZ RIPOLLÉS denomina como principio de interés público. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS,

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

jurídico previamente identificado exige destacar su relevancia para el sistema social en el que éste se inserta, la Administración pública, así como destacar la relevancia que dicha institución tiene para la sociedad. Esta labor obliga a reiterar algunos de los aspectos que han servido para la identificación del bien jurídico y que ya han sido puestos de manifiesto, por lo que, irremediabilmente, volverán a ser traídos a colación.

La persona como ser social sólo puede ver preservados y realizados sus intereses dentro de una sociedad en el marco de una serie de instituciones como la Administración pública²⁶⁰. Ésta procura bienes y servicios de carácter colectivo que no podrían verse satisfechos de otro modo, por lo que ciertos ataques contra la misma irrogan un perjuicio grave para el conjunto de los ciudadanos. Además, la importancia del funcionamiento de la Administración pública para la convivencia es especialmente destacada en un Estado social como el que promulga la Constitución española en su artículo 1.1, pues en dicho modelo político los ciudadanos están vinculados al Estado con lazos más estrechos. El Estado no actúa como un mero árbitro, sino que se convierte en un promotor de la vida social²⁶¹ y, por ello, es en éstos donde la corrupción produce sus efectos más devastadores²⁶².

Por su parte el principio de imparcialidad, que se lesiona a través de una actuación del funcionario conforme a intereses privados, es un presupuesto esencial del funcionamiento de la Administración pública conforme a su fin dispuesto constitucionalmente. Su trascendencia ha sido recogida incluso por la propia Carta Magna, que en su artículo 103.1, donde alude a la objetividad con la que la Administración pública debe servir a los intereses generales, siendo el principio de imparcialidad una manifestación de éste. Pero también lo menciona directamente al

J.L. *Derecho penal español*...cit. pág. 21. En igual sentido, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*... cit. pág. 320.

²⁶⁰ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, pág. 110.

²⁶¹ En igual sentido ORTIZ DE URBINA GIMENO, I “Delitos contra la Administración pública”. VV.AA. (SILVA SÁNCHEZ, J.M. dir. y RAGUÉS I VALLES, R. coord.). *Lecciones de Derecho penal Parte especial*. Barcelona. 2010, pág. 328.

²⁶² De hecho, allí donde la Administración tiene menos protagonismo en la vida social como por ejemplo en los países anglosajones, no es extraño que los ciudadanos perciban la corrupción pública y la privada como equiparables en gravedad. Vid. GREEN, S.P. “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury and Fraud”, en *Law and Contemporary Problems*, nº 75, 2012, págs. 33-59. Por el contrario, en el ámbito europeo, aunque los ciudadanos también perciben la gravedad de la corrupción en el ámbito privado, no la equiparan a la existente en el sector público. Vid. LASCOUTES, P. “Condemning corruption and tolerating conflicts of interest: French «arrangements» regarding breaches of integrity”, en VV.AA (ED. AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northampton, 2014, págs. 77-78.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

mismo el artículo 103.3, destacando la importancia que tiene que los funcionarios respeten dicha garantía en el ejercicio de su función. El rango constitucional que adquiere el citado principio se debe a que constituye una garantía para los ciudadanos, un seguro de que las decisiones que les conciernen van a ser adoptadas conforme a criterios de interés general y no conforme a intereses privados. Por ello, una vulneración de dicho principio se opone frontalmente a los intereses generales que, desde una perspectiva sociológica y jurídica, es la función que debe llevar a cabo la Administración pública como institución y a lo que se orientan todos sus grandes conceptos y categorías (servicio público, dominio público, obra pública, régimen sancionador...)²⁶³.

Además de oponerse frontalmente al concepto de interés general, una actuación parcial en determinados ámbitos administrativos, como aquellos en los que los ciudadanos concurren competitivamente y la Administración funciona como poder adjudicador (contratación pública, provisión de puestos públicos, la adjudicación de subvenciones...) supone colocar injustamente a un sujeto en una posición ventajosa para recibir un beneficio administrativo. Esto implica que la Administración, como institución pública garante del Estado de Bienestar y orientada a satisfacer necesidades colectivas de los administrados, otorga un trato desigual a los administrados, traicionando los fines para los que les ha sido conferida su potestad. Tal y como se puso en el capítulo anterior, otorgar un trato desigual a los administrados no tiene simples consecuencias éticas, sino que produce efectos económicos indeseables en el sistema como se detallará en las siguientes líneas.

Si el principio de imparcialidad es un interés a preservar fundamental en todos los sectores en los que los administrados concurren de manera competitiva, especialmente en el ámbito de la contratación pública. Este no es uno cualquiera, pues resulta fundamental por la cantidad y trascendencia de necesidades de interés general que satisface²⁶⁴. La contratación permite que los poderes públicos cumplan sus fines y sus políticas

²⁶³ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Interés general, Derecho administrativo y Estado del Bienestar*. Iustel. Madrid, 2012, pág. 15.

²⁶⁴ GIMENO FELIÚ, J.M “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en VV.AA. *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (ponencias sectoriales del X Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 2015, pág. 44; BERNAL BLAY, M. A. “El principio de objetividad en la contratación pública” en *Revista de Documentación Administrativa* n° 289, enero-abril 2011, págs. 129-150.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

públicas²⁶⁵, satisface objetivos de naturaleza social, medioambiental, puede combatir el paro, eliminar las desigualdades....En consecuencia, se erige como un sector esencial²⁶⁶. Es tal su relevancia, que el alcance en términos económicos suele ocupar en los países europeos entre el diez y el veinte por ciento del PIB²⁶⁷. De hecho, su magnitud económica y social, así como la ausencia de controles administrativos efectivos han dado lugar a que la corrupción en la contratación pública tenga unas repercusiones mayores que en otros sectores también considerados “focos de corrupción” como la adjudicación de plazas públicas o subvenciones²⁶⁸.

Los ataques contra el principio de imparcialidad producen efectos especialmente lesivos en éste ámbito. El principio de igualdad, que se ve afectado a través de la vulneración de la imparcialidad, constituye la “esencia misma de las Directivas en materia de contratos²⁶⁹”, pues la idea de “interés general” en el ámbito de la contratación está íntimamente ligada al mismo. Se trata de un principio que, tal como se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), no permite ninguna excepción, a diferencia de otros que no ostentan carácter absoluto²⁷⁰. Así, también lo establece el artículo 11.1 del TRLCSP: “los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso a los de igualdad y no discriminación”²⁷¹.

²⁶⁵ GIMENO FELIÚ, J. M. “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad.”, en VV. AA. (VILLORIA MENDIETA, M; GIMENO FELIÚ, J.M; TEJEDOR BIELSA, J. Dir). *La corrupción en España. Ámbitos jurídicos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, pág. 248.

²⁶⁶ MORENO MOLINA, J.A “*Los principios generales de la contratación...*”cit. pág. 13.

²⁶⁷ WHARE, G.T., MOOS, S., CAMPOS, J.E., MOON, G.P.(et al). “Corruption in procurement” VV.AA. (Ed. GRAYCAR, A y SMITH RUSSEL,G.). *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar publishing. Massachusetts, 2011 pág. 65; Vid. OCDE. “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z” Madrid: INAP 2010. Disponible en internet en <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/11/La-integridad-en-la-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica.-OCDE.pdf>

²⁶⁸ ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...*cit. pág. 21; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios...*cit. pág. 17. De hecho, la mayor parte de pronunciamientos sobre el 439 del Código penal han recaído sobre este sector Lo mismo ocurre en Francia con respecto al delito equivalente al de negociaciones prohibidas español, el *prise illégale d'intérêt* del artículo 432-12 del Código penal francés, que a pesar de hacer referencia a cualquier ámbito ha sido mayormente aplicado en la contratación pública. MARIQUE. Y “Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?” VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Massachusetts, 2014, pág. 97.Sobre la consideración de la contratación pública como “foco de corrupción” vid. GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit. págs. 42-43.

²⁶⁹ MORENO MOLINA, J.A *Los principios generales de la contratación...*cit. pág. 33.

²⁷⁰ MORENO MOLINA, J.A *Los principios generales de la contratación...*cit. pág. 35.

²⁷¹ De hecho, el principio de igualdad en éste ámbito no sólo va orientado a proteger a los sujetos que efectivamente concurren en una licitación sino también a aquellos potenciales licitadores que no han tenido

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Como ya se ha señalado, la vulneración de este principio no tiene sólo consecuencias éticas, sino que supone una pérdida de competencia del procedimiento contractual²⁷². De tal modo que las empresas que participan en éste o podrían haberlo hecho no concurren en condiciones de igualdad. Una actuación parcial en el ámbito de la contratación coloca al contratista beneficiado en una situación injustamente ventajosa para que le sea adjudicado un contrato. Es decir, se produce una adulteración del procedimiento de selección del contratista que habitualmente se traduce en una pérdida de eficiencia. La Administración no se beneficia de la existencia de una rivalidad real entre empresas de un determinado sector, sino que produce un monopolio encubierto²⁷³. En un procedimiento administrativo en el que no hay competencia, la Administración no contrata con la mejor empresa, la más capacitada, la que ofrece un mejor servicio, sino a la que suscita un interés al sujeto que decide²⁷⁴. Se eliminan todas las ventajas que la competencia ofrece como la adquisición de bienes y servicios a precios más bajos, el aumento de la calidad de lo que se adquiere, etc.²⁷⁵. A menudo, se producirá la ejecución de obras o la adquisición de bienes o el erario público deberá abonar un precio mayor por la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios. Por el contrario, un determinado nivel de competencia real entre empresas en un sector se

la oportunidad de participar porque por ejemplo no se haya dado suficiente publicidad a la convocatoria. GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit, pág. 52; MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en *La Ley*, nº 7382. 2010, págs. 1-20.

²⁷² GIMENO FELIÚ, J. M. “La corrupción en la contratación pública”...cit. pág. 254. Un análisis detallado sobre los efectos negativos que produce la corrupción en la contratación pública en GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública”, en VV. AA. (CASTRO MORENO, A y OTERO GONZÁLEZ, P. Dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Dykinson. Madrid, 2016, págs. 14 y ss.

²⁷³ Aunque, como apuntan los economistas, la pérdida de ineficiencia no es siempre una regla general de la competencia imperfecta SOTO DÍAZ-CASARIEGO, F. “Economía mundial”. VV.AA. *Manual de economía política*. (GUERRERO JIMÉNEZ, D. coord.) Síntesis. Madrid. 2002, pág. 171.

²⁷⁴ MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas...”cit. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Parlamento europeo que ha afirmado “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea” (apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

²⁷⁵ Por ejemplo, hay estudios que demuestran que la endogamia en la universidad siempre trae como consecuencias esta pérdida de eficiencia. En el caso de la universidad ver el trabajo de AGHION, P., DEWATRIPONT, M., HOXBY, C., COLLEL MAS, A. y SAPIR, A. “The governance and performance of research universities...”cit.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

traduce en un aumento de la calidad del servicio que la Administración ofrece a los ciudadanos²⁷⁶.

En términos económicos, cuando una empresa se encuentra en un sistema de competencia total, que enfrenta a cada una de ellas con todas las demás, ésta se ve obligada a “adelantarse” a sus competidoras en la introducción de técnicas que le permitan rebajar costes, asumiendo el riesgo de que si fracasa otras empresas podrán quitarle cuota en el mercado o desaparecer del mismo, pero si tiene éxito, sus inferiores costes le darán una mayor fuerza en el mercado, proporcionándole unos mayores beneficios a largo plazo que le permitirán financiar una nueva oleada de renovación técnica “ y todo ello en un marco en el que la competencia siempre creciente no se cansa de imponer cada día esta misma dinámica, de forma cada vez más compulsiva, a todos los competidores”²⁷⁷. En definitiva, la competencia *financiera*, *tecnológica*, en la *producción* y en los *costes* de forma ininterrumpida y cruel funciona exactamente igual que si se tratara de una auténtica “guerra militar” en el mercado²⁷⁸, dando lugar a una situación de mayor eficiencia que beneficia a los consumidores, administrados en nuestro caso, que adquieren mejores bienes o servicios más baratos o de una mayor calidad.

Asimismo, dada la relación de este sector con el ámbito privado, las ineficiencias también se trasladan a éste. En un sector en el que hay corrupción las empresas privadas no innovan, no invierten, no mejoran, dando lugar a que los consumidores reciban peores bienes y servicios o más caros. De ahí que, los países anglosajones hayan afrontado la prevención y la represión de la corrupción en los mismos términos para el sector público y para el privado²⁷⁹. Por consiguiente, perpetúa en el mercado a empresas que no ofrecen los mejores servicios al mejor precio, sino que simplemente mantienen buenas relaciones con aquellos que tienen el poder, consolidando a las menos competitivas y evitando la

²⁷⁶ WHARE, G.T., MOOS, S., CAMPOS, J.E., MOON, G.P. (et al). “Corruption in procurement”...cit. pág. 68.

²⁷⁷ GUERRERO JIMÉNEZ, D. “Microeconomía”. VV.AA. *Manual de economía política*. (GUERRERO JIMÉNEZ, D. coord.) Síntesis. Madrid. 2002, pág. 60.

²⁷⁸ GUERRERO JIMÉNEZ, D. “Microeconomía”...cit. pág. 60.

²⁷⁹ Eso sí, siempre basados principalmente en una apuesta por el concepto de “ética pública” y de prevención a diferencia de los países continentales, que han mantenido una confianza casi exclusiva en el funcionamiento del Derecho penal. Así, MARIQUE, Y. “Integrity in English and French Public Contracts...”cit. pág. 86.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

entrada en el mercado a posibles licitadores, lo que a la larga se traduce también en un aumento de los costes en las transacciones para los consumidores²⁸⁰.

Otro de los efectos perjudiciales para el sistema social es que el gasto público no siempre va a parar a proyectos eficientes y necesarios. Se trata de un resultado que se suele predicar del delito de cohecho, dado que algunos proyectos faraónicos constituyen una excusa perfecta para el pago de comisiones ilícitas, pero que también se puede predicar del hecho de adjudicar contratos motivados por intereses personales o de familiares o amigos²⁸¹. Lo que significa que a través de la contratación se adquirirán bienes o servicios poco productivos o inútiles²⁸². De hecho, no resulta una práctica extraña, especialmente a nivel de la Administración local, la creación de pequeñas empresas *ad hoc* con el fin exclusivo de participar en concursos públicos aprovechando una relación personal con el sujeto que decide²⁸³.

Estos efectos se producen claramente en el ámbito de la contratación, pero se extienden a todos aquellos en concurrencia competitiva como la selección y provisión de puestos de trabajo públicos, la concesión de subvenciones, etc. cuando en el proceso de toma de decisiones intervienen intereses privados, como por ejemplo intereses personales o de familiares cercanos, que podrían ser englobados en las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, pero también otros como la recepción de una ventaja económica o la presión o influencia de un determinado sujeto. Concretamente, las relativas a negociaciones prohibidas a menudo se dan en el ámbito local donde los funcionarios benefician a determinadas empresas para realizar obras en el municipio, servicios de limpieza o suministros.

Destacar la importancia que para el sistema social tiene la imparcialidad de las decisiones administrativas hasta el punto de poder afirmar que se trata de un bien jurídico

²⁸⁰ ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...*cit. pág.40. Aunque, a diferencia de lo que opina esta autora, considero que no sólo la corrupción sistémica causa estos efectos.

²⁸¹ BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción...*cit. pág. 44. Así, por ejemplo, este podría ser el caso en el que el alcalde, que es a su vez agente de seguros, contrata con su empresa dos seguros para el consistorio, conducta que finalmente no pudo ser castigada a través del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios en la STS 1887/2002, de 13 noviembre, (RJ 2002\10085) o la SAP de Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo, (ARP 2000\734) en la que el alcalde vende al consistorio unos terrenos de su propiedad.

²⁸² FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción del agente público...*cit. pág. 32; GIMENO FELIÚ, J.M “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción...”cit.

²⁸³ JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública” en VV.AA. *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. (Coord. JAREÑO LEAL, A.). Iustel. Madrid.2014, pág. 152.

que puede ser legítimamente protegido por el Derecho penal ha sido una tarea sencilla, máxime teniendo en cuenta que, como ya se indicó a lo largo del capítulo anterior, el Código penal sanciona otros ataques contra el mismo. Sin embargo, el siguiente criterio de selección del principio de fragmentariedad exige valorar si la modalidad de ataque que constituyen las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es suficientemente grave en comparación con otras modalidades similares y cómo deben ser interpretadas éstas para que efectivamente lo sean.

2.3 La modalidad de ataque de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos a la luz del principio de fragmentariedad

El segundo juicio que lleva a cabo el principio de fragmentariedad dispone que el Derecho penal sólo puede proteger el bien jurídico frente a los ataques más intolerables que lo afectan. Esto implica que, aunque la imparcialidad se presente en abstracto como un aspecto fundamental de la convivencia social externa, no se puede criminalizar cualesquiera ataques contra ella, sino sólo aquellos de los que se pueda predicar una dañosidad social cualificada. Esto obliga a analizar cuáles son los que producen efectos negativos en el sistema social para posteriormente seleccionar los que podrían justificar una posible intervención del Derecho penal. Hay que recordar que a todos los ataques que se van a analizar se les presupone la cualidad de lesivos o dañosos por el hecho de afectar al bien jurídico²⁸⁴ y este principio nos servirá para seleccionar los más intolerables.

El problema es que el calificativo grave, como característica que debe tener la conducta para merecer un reproche penal, es una cuestión valorativa abierta sobre cuya respuesta puede debatirse. Por consiguiente, la afirmación de que sólo infracciones especialmente graves serían merecedoras de pena resulta a priori de poca utilidad si no se establecen previamente criterios objetivables capaces de medir la gravedad del hecho que

²⁸⁴ Definen el concepto de dañosidad social como afección a un bien jurídico: SILVA SÁNCHEZ J.M. *Aproximación...*cit. págs. 268-269; MIR PUIG, S. “Límites del normativismo...” cit. ABANTO VÁSQUEZ, M.A. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos” en *Revista penal*, nº 18, 2006, págs. 3-44. En sentido contrario MARTÍN PARDO para quien, en el mismo sentido que Amelung, el análisis de lesividad no se infiere simplemente de que las conductas ataquen a un bien jurídico. Vid. *El bien jurídico protegido...*cit. pág. 488

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

se pretende poner bajo pena²⁸⁵. Por eso, hay autores que consideran que la puesta en práctica de este principio es más problemática de lo que parece²⁸⁶.

Como instrumento técnico para graduar el injusto, la mayor parte de la doctrina recurre a los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado²⁸⁷. Ambos términos, tradicionalmente empleados en el ámbito dogmático, pueden ser extrapolados a un plano político criminal para permitirnos dilucidar si la conducta que contempla el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos constituye una modalidad de ataque al bien jurídico que merezca un reproche penal. Por consiguiente, para ingresar legítimamente en el Derecho penal el injusto ha de implicar un injusto cualificado en ambos sentidos. Ese mayor desvalor de acción puede obedecer a razones objetivas, de alcance lesivo, o subjetivas, distinguiendo, por ejemplo, entre dolo e imprudencia o la presencia de otros elementos subjetivos de lo injusto. También puede hacer referencia a la infracción de deberes jurídicos específicos que obligan al autor en los delitos especiales, así como el modo, forma o grado de la realización de la acción y la peligrosidad de la misma desde una perspectiva *ex ante*. Por su parte, el desvalor de resultado consiste en la afección del bien jurídico, es decir, su lesión o puesta en peligro²⁸⁸.

Como acertadamente expone GÜNTHER, desvalor de acción y desvalor de resultado deben ponerse en relación con la relevancia del bien jurídico, pues resulta lógico pensar que cuanto más importante es un bien, menores serán las exigencias que deba cumplir la protección penal del mismo con respecto a su desvalor. Por ejemplo, la “vida”, que se configura como el bien jurídico constitucionalmente más valioso, permite castigos penales por formas de ataque imprudentes, mientras que los ataques contra la propiedad

²⁸⁵ KINDHÄUSER, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad...” cit.

²⁸⁶ Esto también se debe, como dice HEFENDEHL, a que no existe en la doctrina un concepto unívoco de fragmentariedad. Vid. „Der fragmentarische Charakter...” cit. pág. 401.

²⁸⁷ GÜNTHER; H. L. Die Genese...cit, pág. 13; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Vol II. Tecnos. Madrid. 2005, pág. 154; FEIJOO SANCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública...” cit.; JESCHECK H.H/WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts*...cit. pág. 52 (nm. 1).

²⁸⁸ En este sentido sobre el desvalor de acción y desvalor de resultado: CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Vol II. Tecnos. Madrid. 2005, pág. 154; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho penal español*...cit. pág. 203 y GÜNTHER que incluye en el desvalor de acción además las motivaciones del autor y la peligrosidad de los medios comisivos. Vid. GÜNTHER; H. L. Die Genese...cit, pág. 13 notas a pie 67 y 68.

deben exigir ánimo de lucro, dolo, engaño, violencia...²⁸⁹. En el caso del bien jurídico que nos ocupa, debemos ser especialmente cautelosos y exigir un injusto cualificado porque, aunque la imparcialidad de la actuación administrativa sea un aspecto fundamental de la Administración como institución pública, su importancia se ve relativizada si se compara con otros objetos de tutela como la vida o el medio ambiente. Por ello, se deberá exigir que sólo se criminalicen ataques especialmente graves.

2.3.1 Ataques consistentes en un mayor desvalor de acción

2.3.1.1 El dolo como elemento subjetivo

Frente a la imprudencia, las conductas dolosas y especialmente aquellas que se llevan a cabo con dolo de primer grado aportan *ex ante* un factor de riesgo que influye en la propia peligrosidad objetiva del hecho. Como ha declarado MIR PUIG, “el significado social de un comportamiento humano dañoso depende de si el daño que produce ha sido querido o no por su autor. La voluntariedad del comportamiento dañoso añade al mismo un sentido de oposición subjetiva al bien dañado. Esta oposición subjetiva del hecho influye decisivamente en su significado simbólico de hecho negador del bien lesionado”²⁹⁰. Esto da lugar a que, a priori, un comportamiento doloso suponga un plus de gravedad respecto a un ataque imprudente al mismo bien jurídico.

En el ámbito de la Administración pública existen conductas imprudentes, incluso otras que ni siquiera lo son, que atentan contra los intereses generales y que dan lugar a la producción de efectos sociales similares en el sistema a los que produce una actuación parcial por parte del funcionario. En este sentido, se pueden tomar decisiones erróneas o incluso se puede escoger un procedimiento administrativo que no garantice la imparcialidad del mismo. En la contratación pública, como sector profundamente armonizado, el Tribunal de Justicia de la Unión europea (TJUE) ha ido identificando una serie de prácticas que considera vulneradoras del principio de igualdad de trato de los licitadores²⁹¹. Por ejemplo, el Tribunal exige que todas las proposiciones sean conforme a las prescripciones del pliego con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas²⁹², la entidad adjudicadora no puede tomar en consideración una modificación

²⁸⁹ GÜNTHER; H. L. Die Genese...cit, pág.13-14. En igual sentido PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...*cit. pág. 221 y 222.

²⁹⁰ MIR PUIG, S. “Límites del normativismo...” cit.

²⁹¹ Vid. MORENO MOLINA, J.A “*Los principios generales de la contratación...*cit. pág. 34 y 35.

²⁹² Sentencia de 22 de junio de 1993 (asunto C-243/89, Storebaelt), apartado 37.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador²⁹³, es legítimo prohibir participar o formular una oferta para un contrato público a una persona que previamente haya participado en la fase de evaluación y selección de ofertas²⁹⁴, etc. Asimismo, según el Tribunal, tampoco sería legítimo que el pliego incluyera requisitos técnicos como una determinada marca o unos criterios de solvencia que no guarden relación con el objeto del contrato²⁹⁵, pues es contrario a la igualdad la introducción de cláusulas y criterios que de manera indirecta puedan relacionarse más con circunstancias personales de los licitadores que con el objeto del contrato, como por ejemplo, exigir un determinado nivel de experiencia²⁹⁶. Otro aspecto que, según la doctrina, también cuestiona este principio es el procedimiento negociado sin publicidad tan empleado en la contratación pública española y que en la práctica ha funcionado, en contra de lo que se pretendía, como un procedimiento de adjudicación directa, convirtiéndose en la puerta de entrada a la corrupción en este sector público²⁹⁷. Todos esos factores pueden dar lugar a un trato desigual entre administrados que a efectos prácticos es lo que se trata de evitar cuando se lesiona el principio de imparcialidad.

No obstante, aunque haya conductas que puedan irrogar en el sistema efectos sociales indeseados similares a los que provoca una actuación parcial por parte de un funcionario público, sólo tienen relevancia penal aquellos en los que el funcionario actúa dolosamente. El hecho de que se recurra al procedimiento negociado sin publicidad, que se incorpore al pliego una condición relacionada con la experiencia profesional o que, incluso, se escoja a un contratista que no es adecuado son conductas que sólo tendrán relevancia penal en la medida que se orienten directamente a la consecución de fines privados²⁹⁸. Aunque los ataques expuestos producen efectos sociales dañinos indeseados

²⁹³ MORENO MOLINA, J.A. “*Los principios generales de la contratación...*”cit. pág. 34.

²⁹⁴ STJCE de 3 de marzo de 2005(asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03); Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de marzo de 2005(asunto T-160/03).

²⁹⁵ Pueden suponer la introducción de un juicio de valor discriminatorio que tiene efectos restrictivos en la competencia BERNAL BLAY, M.A. “El principio de objetividad...”cit.

²⁹⁶ La experiencia es una condición de aptitud de los contratistas que no guarda relación con la oferta económica más ventajosa BERNAL BLAY, M.A. “El principio de objetividad...”cit.

²⁹⁷ En Andalucía ha sido el procedimiento más utilizado a pesar de que el artículo 38.2 de la LCSP dispone que debe ser excepcional. Vid. MESA VILA, M. “La desnaturalización del procedimiento negociado”, en *Observatorio de la Contratación pública (OBCP)* publicado el 3/11/2014. Disponible en internet en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.174/releategoria.208/relemenu.3/chk.819cbc9eb480e6aa67d03866e1bbff0d>. Sobre el uso abusivo que se ha hecho de este procedimiento vid. GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos...”cit. pág. 54.

²⁹⁸ Algunos de estos no constituyen hechos que puedan ser sancionados independientemente, sino que en todo caso podrán funcionar como indicios de una actuación parcial sancionable penalmente.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

similares a los que tienen lugar como consecuencia de una actuación parcial, sólo tienen relevancia penal aquellos en los que el funcionario actúa dolosamente. De hecho, teniendo en cuenta que la lesión del bien jurídico sólo se produce cuando el funcionario ejerce potestades discrecionales, por definición, el ataque contra el principio de imparcialidad es doloso, pues los errores o descuidos del funcionario por muy lesivos que sean no encuentran acomodo en dicho concepto. Por ello los autores consideran que la corrupción, como modalidad de ataque más grave contra la Administración pública, es por definición dolosa²⁹⁹.

2.3.1.2 La modalidad de ataque consistente en infringir el deber de abstención a través de una conducta activa

Sin perjuicio de que pueda haber otros supuestos que puedan quedar abarcados por la redacción del artículo 439 del Código penal que no tengan acomodo en la infracción administrativa, los cuales se analizarán cuando se lleve a cabo el estudio sobre el tipo, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que este precepto se asienta sobre la infracción del deber de abstención, la cual se encuentra prevista en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en otras leyes administrativas (LRJSP). Por lo que es sobre esta sobre la que voy a centrar el análisis de gravedad.

Aunque se tratará en profundidad cuando se analicen la conducta típica del 439 del Código penal, el sujeto que interviene en un asunto administrativo en el que tiene un interés personal o de familiares cercanos infringe un deber de abstención previsto administrativamente³⁰⁰. Esta obligación se establece principalmente “para garantizar que

²⁹⁹ En este sentido ZIMRING, F y JOHNSON, D.T. “On the Comparative Study of Corruption”, en *British journal of Criminology*. Nº 45 (6), Noviembre 2005, págs. 793-809.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública...”cit. Como señala GREEN, la infracción moral subyacente al cohecho es la deslealtad y no se podrá considerar que se da esta cuando se trata de un funcionario descuidado Vid. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*cit. pág. 270. En igual sentido se manifiesta. En igual sentido se manifiesta MALEM SEÑA, para quien la corrupción se asienta sobre el incumplimiento de un deber posicional cuya violación implica una deslealtad por parte del funcionario público Vid. MALEM SEÑA, J.F “El fenómeno de la corrupción”. VV.AA. (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). *La corrupción política*. Alianza editorial. Madrid, 1997, pág. 42.

³⁰⁰ MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51. Delitos contra la Administración pública (IX)...cit. pág. 995; JAREÑO LEAL, A. El delito de negociaciones...cit. pág. 46-47; REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L Dir). *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pág. 487. En la jurisprudencia SSTs 965/1998 de 17 julio (RJ 1998\5841), 920/2001 de 16 mayo (RJ 2001\5512), SSAP de Girona 224/1998 de 30 noviembre (ARP 1998\4416), de Barcelona de 13 octubre 2005 (JUR 2007\43520).

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

los servidores públicos actúen de forma imparcial y objetivamente al servicio de los intereses generales, es decir, para que las decisiones administrativas sean realmente las más convenientes para dichos intereses”³⁰¹. A diferencia de las incompatibilidades donde el legislador impide con carácter general a altos cargos y empleados públicos realizar determinadas actividades privadas mientras se hallen en activo e incluso después de su cese³⁰², el deber de abstención supone una incapacidad subjetiva concreta ante la sospecha de que concurren una o varias causas-motivos que pueden hacer al funcionario apartarse del interés general previstos por el legislador para un procedimiento concreto y un momento puntual³⁰³.

A pesar de lo que ha expresado parte de la doctrina penal y alguna jurisprudencia al pronunciarse sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, la infracción de dicho deber no puede ser calificada de “mera” y tampoco debe ser considerada una simple “falta de ética pública” o “una mera desobediencia administrativa”³⁰⁴. La abstención es fundamental para asegurar que las decisiones administrativas son las más convenientes para los intereses generales garantizando que los servidores públicos actúan de forma imparcial y salvaguardando la igualdad de trato por parte de la Administración a los administrados³⁰⁵. Por eso, en sectores en los que interviene de forma clara la discrecionalidad administrativa como los concursos de plaza pública, la adjudicación de contratos, subvenciones, ayudas, etc. debe ser respetado escrupulosamente e interpretado extensivamente³⁰⁶. Tal es la importancia de deber del abstención que su infracción no sólo constituye la esencia del 439 del Código penal

³⁰¹ DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”, en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver* (COORD. CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J.M.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. pág. 411.

³⁰² SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 495.

³⁰³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 33.

³⁰⁴ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios*...cit. pág. 157; JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública”... cit. pág. 156; MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51...” cit. pág. 996; MORALES PRATS, F y MORALES GARCÍA, O. “Capítulo IX. De las negociaciones...”cit. Hablan de la falta de ética pública las SSTs 1871/2001 de 22 octubre (RJ 2001\9382), [920/2001 de 16 mayo](#), RJ 2001\5512, 696/2013 de 26 septiembre. RJ 2014\1832.

³⁰⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”... cit. pág. 412

³⁰⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 79. Desde un punto de vista de la validez del acto administrativo sobre el que recae el incumplimiento del deber de abstención, este se considera tan grave y peligroso que da lugar a la nulidad de pleno derecho del acto. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 96. Por el contrario, en los actos administrativos donde la potestad es reglada y el supuesto de hecho está legalmente tasado, difícilmente la abstención o no del funcionario puede revertir en una determinada decisión que lo favorezca, por lo que no existirá dicho deber de abstención si se trata de un acto administrativo que en el caso de cumplir los requisitos formales automáticamente se concede o se autoriza con relativa facilidad.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

español, sino la base sobre la que se construyen algunos tipos penales previstos en otros ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos como el *abuso d'ufficio* previsto en el artículo 323 del Código penal italiano, que castiga al sujeto que infringiendo su deber de abstención se procura una ventaja patrimonial o produce un daño injusto³⁰⁷ o el *prise illégale d'interêt* previsto en el 432-12 del Código penal francés que recoge un supuesto similar y castiga al funcionario que interviene en un asunto del que sea responsable persiguiendo un interés personal.

Aunque la LRJSP en su artículo 23 no establece ningún plazo para el ejercicio de la abstención, la jurisprudencia viene exigiendo que se plantee tan pronto como se conozca la causa que motiva dicho deber³⁰⁸. Tras dicho momento el sujeto público no podrá abstenerse legítimamente e incurrirá en responsabilidad, tal y como prevé el artículo 23.5 de dicho texto legal. Por su parte, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) se muestra más restrictivo, exigiendo que los miembros de las corporaciones locales se abstengan únicamente en la fase de “la deliberación, votación, decisión y ejecución”.

A pesar de que no está claro cuál es el momento del procedimiento a partir del cual el sujeto ya no puede abstenerse sin incurrir en responsabilidad administrativa, de lo que no cabe duda es que hay dos modalidades de infracción del deber de abstención, una que implica un “estar presente” en el procedimiento de forma pasiva y otra, que implica una intervención activa en el mismo. La primera es aquella en la que el sujeto todavía no ha intervenido a través de un informe, un voto o una resolución en el procedimiento pero tampoco se ha abstenido formalmente. Es decir, el funcionario “está presente” sin intervenir. Esta situación, como sea apuntado en el capítulo anterior, constituye una puesta en peligro del bien jurídico. La segunda de las modalidades implica una intervención activa, el deber de abstención se infringe cuando el sujeto interviene en el procedimiento a través de una actuación administrativa como votar, asesorar, informar o resolver, de la que se pueda predicar claramente que persigue la satisfacción de intereses

³⁰⁷ Así, la redacción del 323 del Código penal italiano establece que “*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.*”

³⁰⁸ GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág. 351.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

privados. Indudablemente, son éstas últimas las infracciones de mayor transcendencia y las que merecen un reproche penal pues irrogan mayores perjuicios en el sistema social y constituyen un mayor desvalor de acción, dado que son conductas aptas para lesionar el bien jurídico. Por tanto, son éstas las que a priori deben ser castigadas penalmente. En cualquier caso, se volverá sobre esta idea cuando se expongan los ataques consistentes en un mayor desvalor de resultado.

Asimismo, a pesar de que el artículo 23.1 de la LRJSP hace alusión a que el deber de abstención opera en el procedimiento entendido en un sentido amplio, permitiendo interpretarlo no sólo a actos resolutorios, sino también actos de trámite como informes, pruebas, requerimientos, propuestas, dictámenes, etc.³⁰⁹. Lo cierto es que, como establece la doctrina administrativa, no parece razonable que cualquier intervención por nimia que sea obligue a abstenerse³¹⁰. No resultaría proporcionado exigir dicha cautela a funcionarios que carecen de poder de influir en la decisión final que se adopte como por ejemplo el que entrega los formularios en ventanilla o realiza funciones de trámite sin importancia. Por tanto, se deberá exigir sólo a aquellos que pueden condicionar la resolución que se emita como resultado del procedimiento. Resolver es la actuación administrativa más importante porque produce efectos definitivos en sistema social que afectan directamente a los ciudadanos, dado que constituye una declaración de voluntad de la Administración que produce efectos respecto a terceros pero indudablemente también debe considerarse trascendente la labor de emitir un informe, especialmente aquellos de carácter técnico, que prácticamente garantizan que la resolución se llevará a cabo conforme a lo dispuesto por éste o la labor votar.

De hecho, aunque la obligación de abstenerse rija siempre para todo tipo de actos administrativos, definitivos o de trámite, los efectos de su incumplimiento desde un punto de vista de la invalidez del acto administrativo no son equivalentes en todos los casos³¹¹. Para saber si procede ésta, los tribunales consideran que hay que atender al grado de intervención de la persona en quien concurre la causa de abstención y a si tal intervención

³⁰⁹ GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág. 350; DOMENÉCH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”...cit. 414.

³¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. págs. 57-58; DOMENÉCH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”...cit. 414

³¹¹ DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”...cit. pág. 414, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 57-58.

ha sido decisiva para la resolución administrativa concretamente adoptada³¹². De tal modo que sólo tiene lugar su declaración de invalidez cuando el acto administrativo en el que el sujeto debía abstenerse haya influido -positiva o negativamente- sobre el contenido del acto que ponga fin al procedimiento. Es decir, sólo se tienen en cuenta aquellos asuntos cuya participación por parte del sujeto en la elaboración de la decisión administrativa puede determinar de alguna manera el acierto de ésta³¹³. Y este tipo de actos capaz de algún modo de condicionar la decisión concretamente adoptada son la emisión de un informe, un voto o de la propia resolución³¹⁴.

Dicho esto, los únicos actos que motivan realmente la existencia de un deber de abstención y que pueden dar lugar a la declaración de nulidad del acto administrativo son la emisión de una resolución o aquellos que condicionan su contenido, pues serán estos los que puedan suscitar un reproche penal. De hecho, como se expuso en el capítulo anterior, son los únicos con capacidad para lesionar el bien jurídico pues éste requiere de una actuación que pueda afectar a la función de la Administración de cara a los ciudadanos. Por consiguiente, las conductas más graves son aquellas activas y trascendentes para condicionar el sentido de la resolución que se emita.

2.3.1.3 Los motivos-causas de abstención más relevantes

El 23. 2 de la LRJSP establece una serie de causas objetivas, relacionadas con el objeto del procedimiento y subjetivas, relacionadas con los sujetos que intervienen en el mismo. Sin embargo, como indican PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, no todos los motivos-causas de abstención tienen la misma relevancia y dan lugar al mismo reproche social porque no todas suponen el mismo riesgo de una toma de decisión parcial. Esto significa que su incumplimiento “no debe comportar un mismo desvalor jurídico”³¹⁵.

³¹² FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 181.

³¹³ DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”... cit. pág. 414.

³¹⁴ Así, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 183. En un órgano administrativo unipersonal dicha influencia decisiva será fácil de probar pues resulta evidente el carácter determinante de la intervención de un sujeto sobre el que recae un deber de abstención. Sin embargo, afirmar la influencia decisiva de una actuación de un sujeto en un órgano colegiado es más complicado. Así, en la jurisprudencia administrativa ha acudido tradicionalmente al criterio aritmético, que ha sido duramente criticado por la doctrina por no responder a la formación de la voluntad real de dichos órganos, dado que ignora que en los mismos hay sujetos que teniendo en cuenta la jerarquía administrativa en la que se insertan tienen una influencia decisoria mayor y que pueden contagiar al resto de miembros. Por ello, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ proponen que se atienda al caso concreto. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 184-189

³¹⁵ En igual sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., para quienes “no parece que sea merecedor del mismo reproche legal la causa de haber intervenido antes en el asunto, que únicamente supone en su caso salvaguardar ante el perjuicio, pero no tiene por qué suponer un conflicto para la legalidad

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Así, como establecen estos autores, “a nadie se le oculta la íntima relación entre las causas subjetivas y el fenómeno de la corrupción: casos de expedientes de alteración de la calificación jurídica de los bienes de una Entidad Local, de recalificación urbanística de terrenos, de cesión gratuita de bienes de titularidad públicas a parientes próximos...”³¹⁶.

El problema surge a la hora de situar el límite de tolerancia penal, lo que es una cuestión controvertida³¹⁷. A través de la figura de negociaciones prohibidas no se pueden castigar todas las actuaciones de un funcionario en las que existan sospechas de parcialidad, sino sólo aquellas en las que éstas se elevan hasta el punto de que no dejen lugar a dudas de que la actuación o resolución emitida por el funcionario lo es. Por consiguiente, la sanción penal sólo puede dirigirse contra aquellas conductas que infrinjan causas o motivos del deber de abstención que no exijan ulteriores comprobaciones sobre si en el caso concreto efectivamente operaron y que, como trataré de justificar en las siguientes líneas, son aquellas que recogen los conflictos de intereses más claros y universales: los de interés personal o de parientes cercanos y cónyuge o pareja de hecho. A diferencia de estos supuestos, la seguridad sobre la parcialidad de la actuación decae a medida que la relación de parentesco o amistad entre sujetos se aleja. Ello no significa que en estos casos no se pueda sancionar penalmente esta conducta, significa que no se puede calificar automáticamente de parcial, que requerirá un mayor esfuerzo de comprobación sobre si realmente se lesionó el principio de imparcialidad. Así, si el tipo de negociaciones prohibidas ampliara la sanción a favorecimientos a familiares lejanos o amigos sería contraproducente, sobre todo en el ámbito de la Administración local, donde la proximidad familiar y de amistad en ciertos municipios pequeños daría lugar a que cualquier actuación administrativa fuera sospechosa de parcialidad y, por tanto, susceptible de responsabilidad penal.

A) *Tener un interés personal en el asunto*

y el interés general, que la causa de tener un interés personal en el asunto. El principio de proporcionalidad en materia disciplinaria- art. 94.2 EBEP- debería conllevar a una mayor matización en la tipificación de esta falta”. *La imparcialidad...* cit. pág. 199. En el mismo sentido para la abstención y recusación de jueces y magistrados MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez...* cit. pág. 236.

³¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 29.

³¹⁷ El debate lo mantenía vivo la doctrina española cuando el tipo delictivo hacía referencia a interesarse directa o indirectamente que abarcaba tanto interés personal como de familiares... Vid. SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, nº 33 a 36, pág. 72-86.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El motivo de abstención-recusación que más riesgos de una actuación parcial entraña es el de tener un interés personal en el asunto en el que se interviene previsto en la primera parte del artículo 23.2 a) de la LRJSP³¹⁸, que prohíbe al funcionario o empleado público la participación en un asunto en el que tenga un interés personal y que le pueda permitir experimentar algún tipo de beneficio porque puede condicionar su resolución en un sentido que le favorezca³¹⁹.

El concepto de interés personal no es un concepto legal delimitado, sino que ha sido poco a poco configurado por la jurisprudencia. El Tribunal supremo en su Sentencia de 30 abril 1985³²⁰ expone que para que exista un deber de abstención conforme al actual artículo 23.2 a de la LRJSP el interés del funcionario ha de ser un interés personal especialmente intenso. Éste no se dará cuando el interés suscitado no sea superior al que tiene cualquier miembro de la comunidad, como por ejemplo, cuando se trata del alcalde o concejal de urbanismo en las labores de planeamiento de su propia ciudad, pues el rendimiento que suscita no es superior al de otro ciudadano³²¹. Tampoco concurrirá un interés personal cuando el sujeto tenga un interés cívico general, siendo necesario el carácter particular, propio y directo³²². Por consiguiente, la doctrina considera que el deber de abstención no rige en actuaciones con fines educativos, cívicos o culturales o sin ánimo de lucro³²³, pues lo contrario supondría ampliarlo de forma desmesurada³²⁴. Así, por ejemplo, no existe tal deber en el caso en el que el concejal o alcalde intervienen en un procedimiento en el que participa una asociación cultural sin ánimo de lucro a la que pertenecen. Dicho esto, no comparto la respuesta de la jurisprudencia argentina dio a un caso en el que condenó por un delito de negociaciones incompatibles a los funcionarios públicos del artículo 265 del Código penal argentino, el equivalente al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos español, a un concejal que concedió un subsidio a la Sociedad filosófica Buenos Aires debido su interés personal en la

³¹⁸ En igual sentido FORTUNA, F.S. *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Guiffré Editore. Milán. 2010, pág. 138.

³¹⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 83. En igual sentido DOMÉNECH PASCUAL expone que una decisión adoptada por un sujeto que debía abstenerse por tener un interés personal y directo en el asunto es imparcialidad y nos hace dudar sobre su adecuación a los intereses generales. Vid. “La abstención en el procedimiento administrativo”...cit. pág. 411.

³²⁰ (RJ 1985\4112)

³²¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 91.

³²² FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 88-89.

³²³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 89.

³²⁴ Ahora bien, habrá que ser cautelosos en los casos en los que la existencia de un interés personal y directo se camufla bajo la supuesta persecución de intereses públicos.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

materia³²⁵. El carácter educativo de la asociación impide que el interés del sujeto pueda ser considerado “personal y directo”, lo que según la jurisprudencia administrativa hace decaer la obligación de abstenerse.

Finalmente, tampoco se puede considerar el interés particular e individualizado cuando existe una difusión extraordinaria del mismo o cuando, por ejemplo, interviene la potestad reglamentaria³²⁶. En consecuencia sólo adquirirían relevancia hasta el punto de merecer un castigo conductas orientadas a la persecución de un beneficio personal o una participación de manera exclusiva³²⁷. Así pues, por dudosamente ético e imparcial que resulte el hecho de que un sujeto dicte un reglamento para favorecer a las empresas del sector en las que él mismo tiene participación, la potestad reglamentaria implica dictar una norma jurídica con carácter general y, por consiguiente, orientada a tener efectos respecto a un conjunto amplio de personas. Sólo surge en el funcionario la obligación de abstenerse en actos administrativos que tienen carácter particular y no aquellos que tienen valor normativo como sucede con los reglamentos³²⁸. Dicho esto, los actos administrativos sobre los que por lógica pueden recaer las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios son aquellos que por su contenido resultan favorables al sujeto que interviene, permitiéndole obtener un interés personal y directo, como son: los de admisión, autorización, concesión y exención o dispensa. De hecho, son éstos los que se han trasladado a la jurisprudencia penal³²⁹.

B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo o una relación matrimonial o de análoga afectividad con cualquiera de los interesados en el procedimiento

³²⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 16 de la Capital Federal en la Causa Nro. 2017/2564 de su Registro, con fecha 19 de septiembre de 2008. Finalmente fue absuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en su sentencia de 29 de Diciembre de 2010 (caso Salvatori, Miguel Alberto y Otros S/Recurso de Casación).

³²⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”... cit. pág. 429.

³²⁷ Así MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...”cit pág. 30.

³²⁸ La diferencia entre acto administrativo y reglamento radica en que este tiene un contenido regulador y un alcance general, la mayoría de los actos administrativos son decisiones que tienen un destinatario singular como una persona física o jurídica o un grupo identificado de sujetos. GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico*...cit. pág. 425.

³²⁹ Casos en los que el sujeto se concede a sí mismo una licencia de obra para su propia casa o de apertura de un negocio [STS de 17 de julio de 1998 (RJ 1998\5841)], la cesión de un inmueble del ayuntamiento para llevar a cabo una explotación [STS de 26 noviembre de 2002 (RJ 2002\620)] o la autorización de una compraventa de unos terrenos propios [SAP de Islas Baleares de 17 noviembre de 2014 (JUR 2015\68525)].

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otras de las causas de abstención-recusación previstas que se puede considerar fundamental para garantizar el principio de imparcialidad, quizás un peldaño por debajo de la existencia de interés personal, pero seguido muy de cerca, es la prevista en la primera parte del apartado b del artículo 23.2 de la RJSP, que prevé la obligación de abstenerse en caso de “tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados”. Como señalan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, estamos ante una causa que debe ser interpretada en un sentido amplio debido a su clara relación con determinados casos de corrupción³³⁰. A nadie se le pasa por alto la fuerte relación existente entre el incumplimiento de este deber y la adjudicación de contratos y puestos públicos a parientes. Así, por ejemplo, como casos recientes, se pueden citar el de la ocupación de un gran número de puestos por familiares de altos cargos en el Tribunal de Cuentas o la habitual concesión de contratos públicos a familiares como el de la edil de Rivas Tania Sánchez a su hermano³³¹. Por ello, cuando un funcionario interviene en el procedimiento favoreciendo a su cónyuge u otro familiar cercano, no cabe duda que la misma es parcial.

Poner el límite de la intervención penal en el cónyuge o los familiares cercanos no resulta desproporcionado teniendo en cuenta que así también lo han hecho otros países de nuestro entorno, especialmente Francia, Italia y algunos países latinoamericanos que tienen un sistema administrativo similar y en los que la lucha contra la corrupción se ha llevado a cabo desde un punto de vista predominantemente penal³³². Así, el *abuso d'ufficio* italiano alude directamente a que el sujeto deba abstenerse en caso de que exista un interés para sí mismo o *di un prossimo congiunto* (un círculo próximo de sujetos). Por su parte, el Código penal francés también castiga esta conducta pero lo hace a través de dos tipos delictivos diferentes: el *prise illégale d'intérêt* previsto en el 432-12 para el caso de que se trate de un interés personal y con una pena más leve el de *favoritisme* previsto en el 432-14 para los casos en los que se favorecen intereses de un círculo próximo de sujetos³³³. Esta bifurcación del injusto en dos preceptos diferentes se debe a que, según

³³⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad...cit. pág. 29.

³³¹ Noticias disponibles en: http://elpais.com/elpais/2014/06/23/media/1403547645_646044.html y <http://www.abc.es/espana/20150114/abci-todos-contratos-tania-201501131813.html>

³³² MARIQUE, Y. “Integrity in English and French Public Contracts...”cit. pág. 86.

³³³ Sobre la diferencia entre ambos tipos delictivos Vid. MARIQUE, Y. “Integrity in English and French Public Contracts...”cit. pág. 97. Por su parte, en Alemania este tipo de conductas serían sancionadas a través del tipo penal de *Untreue* previsto en el § 266 StGB, que funciona como cajón de sastre para

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

estudios empíricos, resulta moralmente más reprochable intervenir en interés propio que en interés de terceros³³⁴.

Ahora bien, situar el límite de la responsabilidad penal en las infracciones del deber de abstención cuando existe un interés personal directo de familiares cercanos, del cónyuge o sujeto de análoga afectividad supone dejar fuera otras conductas que en un momento dado pueden lesionar el principio de imparcialidad, como actuar por amistad, enemistad o por afinidad política, que son también causas de abstención administrativamente establecidas en el artículo 23 de la LRJSP. La pregunta que podría formularse es porqué sancionar penalmente la intervención en favor de familiares cercanos o del cónyuge o sujeto con relación análoga y no hacerlo ante otras causas o motivos de abstención. Y esto, como ya se ha adelantado, se debe a que se trata de una causa universal que indudablemente objetiva el principio de imparcialidad, a diferencia de otras, que sólo pueden ser probadas de manera indirecta como la amistad o la enemistad³³⁵. Como ya se ha expuesto, el objetivo político criminal de la conducta de negociaciones prohibidas no es sancionar cualquier conducta parcial, sino sólo aquellas en las que, por la relación del sujeto con el asunto o con el sujeto en el que debe intervenir, no cabe duda de que su actuación es parcial, sin necesidad de llevar a cabo más análisis sobre el contenido de la actuación administrativa o el tipo de relación concreta que mantienen ambos sujetos. La conducta de favorecerse a sí mismo o a un pariente cercano es indudablemente parcial porque la norma que obliga a abstenerse en este caso “objetiva” dicho principio. No obstante, dicha afirmación no es extrapolable si la relación entre sujetos es más lejana.

determinadas conductas de corrupción. Aunque lo cierto es que para poder aplicar este tipo penal se requiere constatar la existencia de un perjuicio patrimonial para el erario público. PERRON, W. “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 156, Nº. 4, 2009, pág. 222. Críticamente respecto a los límites difusos de este precepto que cuestionan el principio de taxatividad y certeza de la ley penal PERRON, W. “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 156, Nº. 4, 2009, págs. 222-223.

³³⁴ La “toma ilegal de interés” se considera por los ciudadanos como “corrupción negra” mientras que el “favoritismo” es visto como “corrupción gris”, que es aquella que merece un reproche moderado LASCOUMES, P “Condemning corruption...”cit. pág. 76.

³³⁵ Establece esta distinción entre causas de naturaleza abstracta como aquellas que requieren una prueba indirecta y causas de naturaleza concreta como aquellas que pueden ser probadas directamente. MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez...*cit. pág. 228. Así, las de naturaleza abstracta exigen, no sólo la prueba de un conjunto de hechos sino también de una verdadera valoración de los mismos para poder concluir que existe. Este esfuerzo probatorio no es necesario para las causas de abstención concretas que enuncian simples hechos y se acreditan de modo directo (como por ejemplo el vínculo matrimonial, el parentesco dentro de un determinado grado...)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Eso no significa que preventivamente todas las causas-motivos sean relevantes para ofrecer una protección integral del principio de imparcialidad o que si se da una resolución parcial en los casos de parentesco más lejano, correligionario político o amigo no se pueda sancionar penalmente a través de otros preceptos. De hecho, desde un punto de vista de los efectos sociales dañosos que produce una decisión o actuación parcial probablemente da igual que el sujeto favorezca con su conducta a un familiar cercano, lejano, a un amigo o a un conocido porque éstos (sea cual sea el motivo por el que se ha adoptado)³³⁶. Sin embargo, no es equiparable a la hora de sancionar el incumplimiento de una cautela procedimental de la que se puede afirmar que su vulneración “equivale” a la lesión del principio de imparcialidad³³⁷.

2.3.1.4 La infracción del deber de abstención y su comparación con otras modalidades de ataque al bien jurídico

El Código penal contempla diversas modalidades de ataque contra el bien jurídico “imparcialidad”. Esto se debe a que existen diferentes motivos que pueden hacer que un sujeto se desvíe de los intereses generales para satisfacerlos, así como diversas conductas parciales, lo que da lugar a distintas modalidades de ataque al objeto de tutela. Así, como se expuso cuando se trató la lesión, en el ámbito de la Administración pública existen intereses ajenos a la función pública que colocan al sujeto en una situación de conflicto de interés o ciertas normas que debe cumplir un funcionario cuya violación permite afirmar directamente que se ha vulnerado el principio de imparcialidad. El incumplimiento de determinadas reglas que “objetivan el principio de imparcialidad” da lugar a que identifiquemos que nos encontramos ante una actuación parcial, a pesar de ser ésta una actitud interna del sujeto.

Una de las normas que “objetiva” el principio de imparcialidad o que advierte de la existencia de un conflicto de interés es aquella que prohíbe al funcionario la aceptación de un beneficio material. La actuación de un sujeto que previamente ha recibido un soborno difícilmente puede ser considerada imparcial o ajustada a los intereses generales. Por ello, ésta se considera la modalidad más peligrosa de ataque contra el bien jurídico

³³⁶ En el mismo sentido SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, nº 33 a 36, pág. 72-86.

³³⁷ Aunque en el caso concreto la amistad o el parentesco lejano puedan jugar un papel corruptor mayor que el interés personal o de un familiar cercano, de lo que se trata es de castigar una situación que universal y claramente se considera un peligro objetivo para el bien jurídico.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

porque garantiza de forma clara y segura una determinada actuación por parte del funcionario que lo recibe³³⁸. Como expresa RODRÍGUEZ PUERTA “ningún medio se presenta más eficaz para doblegar la posición imparcial característica de la actuación administrativa que la obtención directa de un beneficio”³³⁹. Asimismo, se trata éticamente del motivo más reprochable para la mayoría de los ciudadanos según estudios empíricos³⁴⁰, por lo que el delito de cohecho ha sido considerado como el “medio más radical” del que dispone el ordenamiento para luchar contra la privatización de la función pública³⁴¹ o el “rey” de entre todos aquellos delitos relacionados con la corrupción³⁴² y se encuentra sancionado penalmente en casi todos los países del mundo.

Ahora bien, aunque actuar motivado por la consecución de una ventaja material es el motivo éticamente más reprochable y el de mayor capacidad corruptora, hay otros que pueden dar lugar a que el sujeto público se corrompa. Se puede temer por la imparcialidad de una determinada actuación administrativa de un modo equivalente si el sujeto interviene en un procedimiento en el que tiene un interés propio o de familiares cercanos³⁴³. De hecho, es tal el riesgo que crea dicha situación que en los ordenamientos continentales se imponen de forma unánime obligaciones de abstención a quienes tienen la competencia para tramitar y resolver un procedimiento. A diferencia de lo que sucede con otros mecanismos preventivos como las incompatibilidades, obligaciones de declarar ingresos, regalos, etc. todos los ordenamientos europeos establecen una obligación de

³³⁸ OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal*...cit. pág. 48.

³³⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 79. Además, según la autora esto es más fácil de probar y más contundente que la relaciones de amistad o parentesco. Sin embargo, como se tratará de demostrar cuando corresponda, los problemas probatorios en este ámbito están sobredimensionados. En igual sentido que la anterior autora OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal*...cit. pág. 49; GARCÍA MEXIA, P. “La ética pública”...cit.. En sentido contrario DE LA MATA BARRANCO, que considera que la trascendencia que se da al dinero como “elemento corruptor” es absolutamente desproporcionada vid. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho” cit .

³⁴⁰ Así lo demuestran estudios empíricos como el llevado a cabo por: GREEN, S.P. “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability...”cit.; LASCOUMES, P. “Condemning corruption...”cit. pág. 72.

³⁴¹ FEIJOO SANCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública...”cit.

³⁴² OLAIZOLA NOGALES, I. *La financiación ilegal*... cit. pág. 45.

³⁴³ Reconoce este punto de debilidad de los funcionarios públicos CUGAT MAURI, M: “El tráfico de influencias: Un tipo prescindible”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 16, 2014. Disponible en internet en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf>; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. *El delito de cohecho*...cit. pág. 79, aunque en menor medida que recibir una ventaja económica; DE LA MATA BARRANCO, N.J. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho” cit.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública...”cit. pág. 1684; VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies and practices in nine EU member states”, en *Corruption and democracy. Political finances, conflicts of interest, lobbying, justice*. Council of Europe Publishing. Estrasburgo. 2008, pág. 87.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

abstención en estos casos³⁴⁴. A este deber de abstención, los ordenamientos de tradición anglosajona añaden también obligaciones de comunicación del conflicto de interés (*public disclosure*)³⁴⁵.

Si estas situaciones se presentan como peligrosas en general, aún lo son más en sociedades latinas en las que los vínculos personales y familiares tienen una mayor importancia social. En este contexto el riesgo de adopción de una decisión parcial es casi equivalente a la recepción de una ventaja material. Es más, si la corrupción relevante se limitara a aquellos casos en los que el incentivo corruptor es únicamente la aceptación de bienes con valor económico entonces no sería un fenómeno preocupante dado que empíricamente hay estudios que demuestran que el cohecho no es una práctica común en Europa³⁴⁶. Pero supondría dejar fuera modalidades igualmente lesivas pero más sutiles que a menudo son más difíciles de “etiquetar” como corruptas.

2.3.2 Ataques que constituyen un mayor desvalor de resultado: la conducta de negociaciones prohibidas como un delito de lesión

En el capítulo anterior se han señalado las conductas que constituyen una puesta en peligro tanto abstracto como concreto del bien jurídico y cuáles su lesión. Para ello, se acudió a la idea de conflicto de interés, más utilizada en el ámbito anglosajón. Así, se identificaron los conflictos de interés aparentes o potenciales con situaciones de peligro abstracto, ya que entraña un riesgo lejano de actuación administrativa parcial, como por ejemplo, el incumplimiento de normas que recogen actividades incompatibilidades con el cargo³⁴⁷. Por su parte, el conflicto de interés real recoge conductas de peligro concreto

³⁴⁴ Estas reglas son especialmente detalladas en Francia, Alemania y España. VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies...”cit. pág. 96. En igual sentido SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 494.

³⁴⁵ Combatir los conflictos de interés requiere una triple perspectiva: transparencia, abstención y de denuncia. La denuncia del conflicto de interés consiste en que la ley permite al sujeto a pesar de la existencia de éste la adopción de una decisión pero exige que se informe al superior previamente. Vid. MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...”cit. 33-34. Desde una perspectiva británica la prevención de los conflictos de interés se basa en la idea de que es razonable que los funcionarios públicos declaren sus intereses económicos o no en orden a que puedan ser controlados por los ciudadanos en sus acciones. VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies...”cit. pág. 101.

³⁴⁶ VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies...”cit. pág. 86.

³⁴⁷ En realidad, estoy de acuerdo con aquellos autores que consideran que la diferencia entre las estructuras de peligro abstracto y concreto no radica en la existencia de un resultado de peligro sino en la intensidad del peligro en el uno y en el otro. De hecho, como declara LAURENZO COPELLO, para crear un peligro abstracto para el bien jurídico no basta con llevar a cabo una acción peligrosa sin más, porque si

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

para el bien jurídico, ya que abarca circunstancias en las que el sujeto debe decidir entre dos intereses contrapuestos, el público y el privado, que en un momento puntual confluyen. Esta situación tiene lugar cuando el funcionario no se ha abstenido legítimamente en el procedimiento administrativo pero todavía no ha llevado a cabo una actuación que se pueda etiquetar como parcial³⁴⁸. Es decir, conoce que sobre el mismo recae un deber de abstención pero no ha intervenido activamente en el procedimiento a través de una votación, un informe... Como apunta GALLAS, en una situación de peligro concreto hay dos posibilidades “que algo pase (que se produzca una lesión) o que la crisis sobre el bien jurídico desaparezca”³⁴⁹. Aquí todavía hay dos opciones posibles, que el sujeto actúe parcialmente, lo que constituiría la lesión del bien jurídico, o que, por ejemplo, que opte por una opción diferente a la de sus propios intereses, que el acto administrativo se suspenda sin que el sujeto llegue a tener la posibilidad de intervenir, etc.³⁵⁰.

No obstante, existe una situación peor de cara al bien jurídico que es aquella en la que como resultado del conflicto de interés real el sujeto lleva a cabo una actuación administrativa en la que claramente opta por el interés privado, interviniendo en el procedimiento en contra de lo que la norma que “objetiva” la imparcialidad proscrib³⁵¹.

La cuestión que se debe plantear ahora es dónde situar el límite de tolerancia penal. Es decir, si es necesario esperar a que el bien jurídico se lesione o si legítimamente se puede castigar la conducta que crea un peligro, al menos de forma concreta.

En principio, castigar penalmente conductas que originan una remota posibilidad de lesión del bien jurídico como las que constituyen los conflictos de intereses potenciales o aparentes supone un excesivo adelantamiento de las barreras de protección. Como

precisamente la misma se define como peligrosa es por el hecho de que existe una posibilidad de perturbación del bien jurídico LAURENZO COPELLO, P. *El resultado...* cit. pág. 179-180.

³⁴⁸ Este momento en los procedimientos de adjudicación de plaza pública surge “tan pronto como sea advertida la causa que la motive”. Así, según la jurisprudencia la imparcialidad debe evidenciarse desde el inicio del expediente. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. La imparcialidad... cit. pág. 151-152.

³⁴⁹ GALLAS, W. „Abstrakte und konkrete Gefährdung“, en *Festschrift für E. Heiniz*. De Gruyter, Berlín. 1972, pág. 176.

³⁵⁰ FORTUNA, S.F. *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione...* cit. pág. 125.

³⁵¹ “Sin embargo, las cosas cambian cuando la indebida preferencia tiene lugar, esto es, si del conflicto de intereses resulta injustamente lesionado uno de los dos intereses. En esta hipótesis, en palabras del Platón, no hay más potencia sino arte, no hay más peligro sino lesión”. MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...” cit. pág. 32.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

indica ROSE-ACKERMANN incluso resultaría contraproducente dado que el Derecho penal constituye un medio de control social es un mecanismo muy afilado y acusatorio³⁵². Infringir una norma de incompatibilidad no supone una conducta tan grave como para afirmar que se requiera la intervención penal dado que se trata de un estadio lejano a la lesión. Por ello, en derecho comparado, raramente es el Derecho penal el sector del ordenamiento encargado de sancionar este tipo de conductas.

En segundo lugar, castigar ataques al bien jurídico que irrogan un peligro concreto para el mismo no plantea problemas de legitimidad, dado que como ya se ha señalado el deber de abstención es muy importante para salvaguardar el principio de imparcialidad³⁵³. Sin embargo, configurar un tipo penal con una estructura de peligro concreto no estaría exento de problemas. Más que por la ausencia de dañosidad social de la conducta, por la existencia de problemas probatorios. Esto se debe a que, como ya se ha señalado, la doctrina administrativa no tiene muy claro cuando ha transcurrido el plazo que se le otorga al sujeto para que se abstenga legítimamente. Si este momento no está claro la defensa podría sostener que éste tenía la intención de abstenerse o avisar a su superior jerárquico. Dicho esto, lo lógico es que el Derecho penal, como sistema que exige responsabilidad a un sujeto por la comisión de una conducta dañosa, no sólo intervenga en una situación de riesgo para el bien jurídico que ni la doctrina ni la jurisprudencia tiene muy claro cuando se produce, sino cuando éste lleva a cabo una intervención en el procedimiento que pueda ser calificada como parcial.

A lo largo de estas líneas se ha subrayado la importancia del bien jurídico “imparcialidad” que lo hace merecedor de protección penal, así como la gravedad de la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos que constituye un desvalor cualificado. En este sentido, el comportamiento que parece contemplar el delito de negociaciones prohibidas constituye un desvalor de acción cualificado en la medida que supone un ataque doloso, una infracción activa de una cautela esencial para salvaguardar el principio de imparcialidad y una conducta de la que se puede predicar su parcialidad con similar claridad que la de otros ataques contra el bien jurídico previstos en el Código penal. Asimismo, la conducta también constituye un desvalor de resultado cualificado porque parece afectar al bien jurídico de la forma más grave posible,

³⁵² ROSE-ACKERMANN, S. “Corruption and conflicts of interest”...cit. pág. 9.

³⁵³ Sobre la dañosidad social que irroga una conducta de peligrosa respecto al bien jurídico Vid. GALLAS, W. „Abstrakte und konkrete Gefährdung“...cit. págs. 175 y 176.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

lesionándolo. Además, el análisis de fragmentariedad ha servido para poner límites mínimo y máximo a una posible intervención del Derecho penal respetuosa con dicho principio. Sin embargo, si efectivamente la figura concretamente contemplada por artículo 439 del Código penal se queda corta o va más allá en la protección del bien jurídico de lo que el principio de fragmentariedad autoriza, es algo que se mostrará durante el análisis del tipo penal.

2.4. La conducta de negociaciones prohibidas a la luz del principio de subsidiariedad o *ultima ratio*

Una vez analizada la intervención del principio de fragmentariedad, el siguiente paso es determinar si los ataques identificados como más graves deben ser castigados por el Derecho penal o, por el contrario, se puede recurrir para su evitación a otro sistema de control que lleve a cabo dicha tarea con un menor coste. Aunque a tenor de las consideraciones de “justicia” que se han formulado en materia de imparcialidad se pueda recurrir a la artillería pesada del ordenamiento jurídico, el principio de subsidiariedad obliga a plantearse con carácter previo otras medidas menos restrictivas de Derechos fundamentales.

Existe un amplio consenso doctrinal sobre el contenido de este principio, que consiste básicamente en concebir el Derecho penal como último recurso para evitar ataques contra bienes jurídicos. Como bien es sabido, acudir al mismo sólo resulta legítimo cuando han fracasado o no estén disponibles otros medios de control social. De ahí que también se haya denominado principio de *ultima ratio*³⁵⁴. Así, como apunta MIR PUIG “deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales (por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”³⁵⁵. Como se ha señalado, a menudo la doctrina ha unido bajo un mismo macro principio, el de intervención mínima, el juicio de subsidiariedad y de fragmentariedad³⁵⁶. Sin embargo, aunque sus contenidos son dependientes, de forma que

³⁵⁴ ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...cit. pág. 45 (nm. 97); JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*...pág. 48 §2/26; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases*...cit. pág. 125; Díez Ripollés, J.L. *Derecho penal español*...cit. pág. 23; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación*... cit. pág. 247.

³⁵⁵ MIR PUIG, S. *Introducción a las bases*...cit. pág. 125.

³⁵⁶ Cfr. Capítulo 2, epígrafe.1.1.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

el resultado obtenido del de fragmentariedad repercute en el posterior de subsidiariedad, sus postulados no deben ser confundidos³⁵⁷.

La justificación de este principio suele situarse en la teoría de los fines de la pena y el carácter utilitario de la misma³⁵⁸. Así, a la pena le corresponde la protección de bienes jurídicos, lo que consigue con un determinado nivel de éxito a pesar de los costes que conlleva. Sin embargo, el Derecho penal no es el único medio de control social dirigido a la evitación de ataques contra objetos valorados socialmente. En consecuencia, el principio de subsidiariedad obliga a que sólo se acuda al Derecho penal cuando los beneficios en la prevención de ataques contra el bien jurídico superen los costes. Es decir, cuando el saldo coste-beneficio arroje un resultado favorable a su intervención. Lo que significa que este principio tiene como objeto la cuestión de cuándo la relación coste-beneficio resulta favorable a la intervención penal³⁵⁹. Por ésta razón, su objetivo es que el empleo del Derecho penal ofrezca una razonable expectativa de eficacia en la tutela pretendida³⁶⁰. Esto se concreta, según DÍEZ RIPOLLÉS, en tres aspectos: en primer lugar, que el Derecho penal no se emplee cuando se disponga de otros medios de intervención, jurídicos o no, más eficaces. En segundo lugar, que no se emplee tampoco si existen otros medios de intervención de eficacia equiparable pero con menor incidencia en los derechos individuales de los ciudadanos y finalmente, que no se emplee, al margen de su eficacia, por el mero hecho de que otros medios de intervención no sean eficaces sin comprobar su idoneidad, entiendo. Lo que no impide que las medidas de control alternativas puedan ser potenciadas a través del Derecho penal³⁶¹.

La lógica de funcionamiento de este principio consiste en un sistema gradual de mecanismos de control social que van desde el individuo, pasando por las asociaciones y grupos o colectivos organizados hasta llegar al Estado, que podrá intervenir a través de

³⁵⁷ De hecho, como revela PRIETO DEL PINO, se tiende a pensar que una conducta muy grave requiere de las medidas más drásticas de las que dispone el ordenamiento jurídico para su represión pero no siempre es así. La intervención penal puede ser merecida por un determinado comportamiento en atención a su gravedad pero una medida de otro sector del ordenamiento puede resultar suficiente para combatirlo. PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pag 209.

³⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. pág. 337; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases...* cit. pág. 124.

³⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. pág. 337. En igual sentido: RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal...* cit. pág. 378; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación...* cit. pág. 248; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. 246.

³⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho penal español...* cit. pág. 21.

³⁶¹ Lo que no impide que la eficacia del Derecho penal pueda ser potenciada con el recurso a otros medios de control social DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Derecho penal español...* cit. pág. 21.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

medidas puramente preventivas o a través de medidas sancionadoras³⁶². De este modo, el medio de control social que ocupa una posición superior deberá inhibirse de actuar a menos que el que ocupa la instancia inmediatamente inferior fracase. Así, el principio de subsidiariedad tiene dos aspectos uno negativo y otro positivo³⁶³; el negativo, impide al mecanismo superior intervenir si hay otro inferior que realiza la protección del bien jurídico con un determinado grado de éxito. Pero por su parte, el positivo, obliga al superior a intervenir en caso de que se constate el fracaso del anterior. No obstante, una medida superior no deberá esperar al absoluto fracaso de otra inferior para intervenir, sino que su activación podrá ser para sustituirla o para reforzarla.

Dicho esto, un amplio sector de la doctrina le asigna a dicho principio, siempre desde una perspectiva utilitarista, una vertiente externa y otra interna; la **externa** comprueba si existen instancias ajenas al Derecho penal que con un nivel asemejable de éxito pueda evitar estas conductas, como por ejemplo, medidas educativas, de política social, sanciones civiles, administrativas, etc. Por su parte, la **interna**, en la que tras admitir la necesidad de recurrir a la sanción penal para reprimir una determinada conducta, se analiza cual de entre las opciones disponibles arroja un saldo coste-beneficio más favorable³⁶⁴. En ambos niveles, el análisis coste-beneficio se lleva a cabo sobre las variables de eficacia y efectividad. Así para aclarar ambos conceptos: una ley será efectiva si se cumple o hace cumplir y eficaz, si con la misma se logran los objetivos perseguidos³⁶⁵.

En consecuencia, el principio de subsidiariedad lleva a cabo un papel fundamental en la distribución de contenidos entre las diferentes ramas del ordenamiento y bien formulado resulta crucial en la restricción del Derecho penal a ciertas materias. Es más, como ya se apuntó cuando se identificó el bien jurídico, hay autores que consideran que es en torno a este principio sobre el que debe llevarse a cabo el debate político criminal

³⁶² GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. págs. 341-342.

³⁶³ KAUFMANN, A. "Subsidiarität prinzip und Strafrecht", en *FS. Für Heinrich Henkel*, zum 70. Geburtstag am 12. Sept 1973, Herausg. Von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, págs. 91 y 92.

³⁶⁴ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación...* cit. pág. 247; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...* cit. pág. 339; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. págs. 246-247. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal...* cit. págs. 378-379, que incluye en la vertiente interna el derecho administrativo sancionador.

³⁶⁵ RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal...* cit. pág. 371. Para DÍEZ RIPOLLÉS, ambas variables se unen en la idea transversal de eficiencia. *La racionalidad...* pág. 96.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

actual, de modo que la tarea de poner freno al fenómeno de la expansión penal sería muy productiva si se utilizaran argumentos propios de este nivel de análisis³⁶⁶. De este hecho, argumentos derivados de este principio han sido esgrimido para poner de manifiesto que la prohibición penal que contiene el artículo 439 del Código penal es innecesaria, considerando un sector de la doctrina que las conductas por él contempladas pueden ser reprimidas o disuadidas en otros sector del ordenamiento a un menor coste. Así, CUGAT MAURI señala respecto al tipo penal objeto de análisis que “poco espacio quedará a esta figura que no esté ocupado ya por las infracciones administrativas, las prohibiciones de contratar o las obligaciones de abstención”³⁶⁷. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Islas Baleares SAP de Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo, que señala “la crítica hacia dicha incriminación fue constante desde el punto de vista doctrinal científico, por entrañar tal situación el establecimiento de sanciones punitivas simplemente obedientes al incumplimiento de deberes de abstención o no intervención”³⁶⁸. Esto ha motivado, como se apuntó en su momento, que los tribunales penales hayan desviado hacia la jurisdicción administrativa conductas encuadrables en este precepto³⁶⁹. Por este motivo, en nuestro caso el análisis de subsidiariedad resulta fundamental.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de subsidiariedad tiene como misión llevar a cabo un análisis coste-beneficio certero, la cuestión que hay que resolver de manera inmediata es qué aspectos hay que ponderar a la hora de valorar la posible intervención del Derecho penal sobre una materia. La doctrina suele incluir entre los beneficios el grado de disuasión de conductas que atacan al bien jurídico y en los costes los Derechos fundamentales del condenado. Sin embargo, como subraya GARCÍA PÉREZ, concebir en estos términos el principio de subsidiariedad resulta “insuficiente”³⁷⁰, puesto que el análisis debe abarcar más variables, incluyendo los efectos que se dan en la víctima y en el conjunto de la sociedad, especialmente en la vertiente externa de dicho principio³⁷¹. Y es, precisamente, teniendo en cuenta la totalidad de los

³⁶⁶ Cfr. Capítulo 1. Epígrafe 1.1.

³⁶⁷ CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág 587. Este artículo es un claro ejemplo de que el Derecho penal está supliendo la falta de aplicación de otras ramas del derecho para JAREÑO LEAL, A. Corrupción y delincuencia...cit. pág. 176; MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Capítulo IX...”cit. pág. 1797; REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades...” cit. pág. 487.sancionarse a través del Derecho penal; GARCÍA ESPAÑA, E. “Negociaciones y actividades”...cit.

³⁶⁸ (ARP 2000\734)

³⁶⁹ Cfr. Capítulo 1.epígrafe 1.3.1

³⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad*...cit. pág. 336-339.

³⁷¹ RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit. pág. 387; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso*...cit. pag 286.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

efectos que se producen en el sistema social lo que permite llevar a cabo un análisis certero, sobre el bien concreto objeto y los que se generen sobre otros³⁷².

Otro de los efectos de realizar un análisis sobre la totalidad de los efectos en juego es que éste hace tambalear la idea de que el Derecho penal es el medio de control social que conlleva siempre más costes. Pues, como han puesto de manifiesto algunos autores, a diferencia del Derecho penal que sólo lo sufren unos pocos, la implementación de medidas preventivas las sufre el conjunto de la ciudadanía³⁷³. Lo que tratan de poner de manifiesto estos autores es que hay que poner en cuarentena la afirmación de que siempre es el Derecho penal el medio más costoso, pues a menudo hay medidas del derecho administrativo sancionador que lo son más³⁷⁴. No obstante, aunque dicha afirmación sea cierta, en el ámbito de los delitos contra la Administración a menudo se le ha dado la vuelta a este argumento para evitar la sanción penal de determinados sujetos, proponiendo que estos sean castigados en el ámbito del Derecho disciplinario donde pueden encontrar incluso que encuentra una respuesta “más contundente”³⁷⁵.

Además de tener en cuenta variables sobre el conjunto de la sociedad, para llevar a cabo un análisis coste-beneficio ajustado, éste debe realizarse desde el punto de vista del funcionamiento real del sistema y no adoptando un modelo ideal. Como señala FEIJOO “no se puede definir lo que es el Derecho penal mínimo con independencia de la sociedad en la que el Derecho penal tiene que cumplir sus funciones”, pues las necesidades son diferentes en cada orden social³⁷⁶. Por consiguiente, como apunta WOHLERS, las medidas alternativas al Derecho penal no deben estar disponibles “solamente en teoría, sino que se han de mostrar efectivamente como «suficientes»”³⁷⁷.

³⁷² GARCÍA PÉREZ, O. La punibilidad...cit. pág. 338

³⁷³ HEFENDEHL, R. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, *JA* 2011, pág. 401; ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...cit. pág. 45 (nm. 98);

³⁷⁴ Sobre este tema RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit.

³⁷⁵ Sobre este aspecto se profundizará a lo largo del capítulo.

³⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Sobre la «administrativización»...”cit pág.152.

³⁷⁷ WOHLERS, W. “Derecho penal como *ultima ratio* ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A.; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de Ricardo Robles Planas.). Atelier, Barcelona, 2012, pág. 111. En igual sentido PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso*...cit. pag 274, que considera que la virtud del principio de subsidiariedad consiste en adecuar la decisión que se adopte al estado de cosas existente y a las necesidades concretas. MARTÍN PARDO, M. *El bien jurídico protegido*...cit. pág. 580; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación*... cit. pág. 289; RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit. pág. 111

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

De nada sirve que legislativamente estén previstas determinadas medidas preventivas si son inaplicadas o inútiles en la práctica. Afrontar la tarea desde dicha perspectiva implica también que para considerar que un determinado medio de control fracasa o tiene éxito en la prevención de determinadas conductas dañosas hay que atender a las razones del fracaso o éxito del mismo, averiguando si obedece a motivos coyunturales como la falta de medios, la ausencia de voluntad política, interpretaciones judiciales restrictivas... que pueden ser removidos con relativa facilidad o si, por el contrario, se trata de impedimentos materiales intrínsecos al medio de control social analizado e imposibles de superar³⁷⁸.

Que el principio de subsidiariedad aborde el tema del control social desde una perspectiva realista y útil obliga a utilizar argumentos apoyados sobre una clara base sociológica, sustentándose este en argumentos de carácter empírico. Por ello, en la medida de lo posible, se deberá recurrir a estudios de estas características disponibles en la materia. Sin embargo, la carencia de trabajos fiables sobre la eficiencia de los diferentes medios de control social es también uno de sus mayores problemas, dado que la ausencia de los mismos impide, en un buen número de casos, realizar un análisis coste-beneficio certero³⁷⁹. Dicha carencia, es especialmente acuciada en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, pues ciertos problemas intrínsecos a esta materia dificultan la realización de estudios empíricos³⁸⁰. Por este motivo en algunos casos no quedará más remedio que acudir a determinadas estimaciones basadas en el sentido común, así como a los resultados de experiencias legislativas tanto internas como internacionales que constituirán una valiosa guía³⁸¹.

Ahora bien, antes de llevar a cabo una comparación sobre si un determinado medio de control social es más o menos efectivo o más o menos eficaz que otro con el objetivo de decidir cuál de ellos arroja una relación coste-beneficio más favorable, con carácter previo hay que analizar si un determinado subsistema “funciona en la práctica³⁸²”, es decir, si es eficaz para cumplir los objetivos que se ha propuesto o, si cumple con el

³⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, M. “Expansión del Derecho penal...cit. En sentido similar PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. págs. 263-264.

³⁷⁹ Sobre este problema PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 287; RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal...* cit. pág. 376

³⁸⁰ Sobre estos problemas TARÍN QUIRÓS, C. “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”, en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs. 67-82.

³⁸¹ ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit. pág. 47(nm 101); PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 287.

³⁸² En este sentido RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal...* cit. pág. 374.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

“principio de idoneidad del medio”³⁸³. Por muy eficaz que a priori se considere un medio de control social no se podrá afirmar la necesidad de acudir a otra medida más severa de forma automática si no se lleva a cabo antes un análisis sobre su idoneidad. Así, se podrá afirmar que un instrumento es inútil cuando no permita alcanzar el fin propuesto, mostrándose ineficaz, pues sólo aquellas medidas que permitan alcanzar el objetivo marcado pueden ser consideradas para su posterior comparación³⁸⁴. Dicha tarea deberá llevarse a cabo también para el Derecho penal, lo que implica que para poder afirmar que este medio de control social debe intervenir en una determinada materia no basta con la confirmación de que otras medidas alternativas han fracasado, sino que se deberá comprobar con carácter previo si es capaz de prevenir conductas que ataquen al bien jurídico³⁸⁵. Así, como señala LUZÓN PEÑA “el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea político –criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente”³⁸⁶.

Que la idoneidad de un determinado medio de control social no puede darse por sentada, sino que requiere un pronunciamiento expreso lo pone de manifiesto el hecho de que incluso se ha predicado por parte de la doctrina la ineficacia intrínseca del Derecho penal para cumplir los objetivos que tiene asignados, habitualmente denominados fines de la pena. Son muchos los autores que cuestionan que el Derecho penal sea útil a la hora de proteger bienes jurídicos a través de la evitación de conductas contra los mismos, sobre todo para determinados bienes jurídicos que se encuentran en el ámbito del orden socioeconómico o la Administración pública. Por eso se repiten a menudo las afirmaciones de que con este medio de control social es muy poco lo que se consigue y mucho lo que se sacrifica. Esta postura ha sido mantenida por los autores de la escuela de Frankfurt y por SILVA SÁNCHEZ en la doctrina española respecto al Derecho penal

³⁸³ Consideran la idoneidad del medio como un presupuesto del principio de subsidiariedad, un requisito a proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). GÜNTHER, H.L. *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*. Carl Heymanns Verlag KG. Köln. Berlin. Bonn, München. 1973, págs. 180-181; TIEDEMANN, K. *Tabestandfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tabestandbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969, pág 144. Siguiendo a ambos autores PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...*cit. pág. 248.

³⁸⁴ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...*cit. pág. 263. Lo que RANDO CASERMEIRO denomina “verificar si el sistema funciona en medida razonable” Vid. *La distinción entre el Derecho penal...*cit. pág. 372.

³⁸⁵ Díez RIPOLLÉS, J.L. *Derecho penal español...* cit. pág. 21

³⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones...*cit. pág 25.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

moderno³⁸⁷. Por ello, este último autor propone renunciar al mismo o reducirlo al máximo en ámbitos como el Derecho penal económico y la en otros propios de la delincuencia de cuello blanco, trasladando estos sectores al Derecho administrativo sancionador. Así, el autor se muestra partidario de que las garantías procesales en este sector se vean reducidas a cambio de renunciar a la imposición en estos casos de una pena de prisión³⁸⁸.

Es cierto que el Derecho penal tiene una eficacia limitada dado que es el medio de control social que lleva a cabo su intervención en último lugar, una vez que el delito se ha cometido, por lo que tiene un escaso poder como agente transformador de la sociedad. Sin embargo, desde la Criminología no se ha demostrado empíricamente que el Derecho penal sea ineficaz *per se*, sino al contrario, se trata de un “mal necesario” una especie de violencia necesaria³⁸⁹. En cualquier caso, como afirma RANDO CASERMEIRO, si se hubiera demostrado que se trata de un sector del ordenamiento inútil para cumplir con sus cometidos, lo lógico sería pedir una absoluta retirada del Derecho hasta el punto de renunciar a su uso de una manera generalizada y no hacerlo sólo para ámbitos determinados³⁹⁰, o al menos, ofrece una explicación razonable sobre por qué en estos ámbitos la eficacia del Derecho penal disminuye. Si se demuestra empíricamente la ineficacia del Derecho penal ésta lo hace con carácter general incluyendo la delincuencia tradicional. Por ello, utilizando el mismo argumento de SILVA, se debería pedir la despenalización del tráfico de drogas o de los hurtos de baja intensidad y no sólo del uso de información privilegiada en el mercado de valores o del blanqueo de capitales. De lo contrario, como apunta RANDO, se está “recortando intencionada e ideológicamente la realidad del Derecho penal”³⁹¹.

Además, como apunta LAURENZO COPELLO, si SILVA SÁNCHEZ acaba rechazando la pena de prisión para este tipo de delincuencia es porque, como acertadamente expone LAURENZO COPELLO, en el juicio de proporcionalidad que

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001, pág. 149 y ss. Así, lleva a cabo una crítica contra el fenómeno de expansión del Derecho penal moderno HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45,1, 1992, pág. 239, para quien la prevención que, era un objetivo colateral del Derecho penal clásico, se ha transformado en el paradigma dominante, sacrificando otros principios clásicos.

³⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ J.M. *La expansión del Derecho penal*...cit., pág. 155.

³⁸⁹ A tal efecto consultar los estudios empíricos que se citan en el último apartado de este capítulo.

³⁹⁰ RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit. pág. 422-423.

³⁹¹ RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit. pág. 422-423. En igual sentido, LAURENZO COPELLO, P. “Recensión a SILVA SÁNCHEZ”...cit. pág. 453.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

lleva a cabo no incluye la gravedad del hecho como variable de la respuesta punitiva, porque si lo hiciera, dice esta autora, “muchas de las conductas captadas por la nueva criminalidad, seguramente harían aparecer a las penas pecuniarias o las privativa de derechos como respuestas desproporcionadamente *leves* en relación con su alto contenido de lesividad social”³⁹². Como se ha demostrado desde un punto de vista empírico, no es cierto que las conductas en el ámbito de la Administración pública, en el mercado de valores, o en el medio ambiente sean menos lesivas y tampoco lo es, como podrá comprobarse a lo largo de lo que resta de este capítulo, que la pena de prisión no disuada eficazmente comportamientos sociales dañosos en estos sectores.

Tras aclarar de forma general la lógica del funcionamiento del principio de subsidiariedad, voy a proceder a analizar las conductas de negociaciones prohibidas a la luz de este principio, tanto en su nivel externo como interno, lo que va permitirme conocer si los argumentos empleados por la doctrina y por los tribunales sobre la necesidad de reprimir este tipo de conductas al margen del Derecho penal obedecen a un análisis exhaustivo sobre la idoneidad y eficacia de todos los medios de control social en juego o, por el contrario, son producto de opiniones superficiales que se pueden encuadrar en la errada hipótesis sobre la ineficacia crónica del Derecho penal.

2.4.1. Análisis del nivel externo de la subsidiariedad: eficacia de las medidas no penales

Como ya se ha señalado, el nivel externo del principio de subsidiariedad obliga a acudir con carácter previo al Derecho penal a medios desprovistos de carácter de sanción penal. En este, en primer lugar, deberá acudir a medios informales ajenos al Estado, que sólo entraría a satisfacer necesidades de los individuos cuando las personas no estuvieran en condiciones de hacerlo por sí solos³⁹³. Esto significa que habrá que estructurar la vertiente externa de este principio desde abajo hacia arriba, desde la persona, pasando por los entes sociales intermedios hasta el ente estatal, prefiriéndose medidas informales como las que se pueden dar en la familia, la escuela, las asociaciones... para posteriormente proceder, si estas fracasan, a las intervenciones formales por parte del Estado y en último lugar a aquellas que tienen carácter de sanción.

³⁹² LAURENZO COPELLO, P. “Recensión a SILVA SÁNCHEZ”...cit. pág. 453

³⁹³ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad*...cit. págs. 341-342.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La eficacia de este tipo de medidas en la evitación de ataques contra el bien jurídico será lo que implique la obligación por parte del Estado de inhibirse a la hora de incorporar otras más severas como las penales.

A pesar de que con frecuencia la doctrina mantiene la existencia de un nivel externo de la subsidiariedad, hay autores que consideran que las medidas sancionadoras y las no sancionadoras no pueden ser comparadas porque son de diferente naturaleza, por lo que sería como comparar “churras con merinas”³⁹⁴. Según este sector de la doctrina, al Derecho penal le corresponda una “función autónoma” que no pueden cumplir otros sistemas orientados preventivamente³⁹⁵. Sin embargo, estos autores no tienen en cuenta que si hay algo que permite la comparación entre ambos tipos de medidas y, por consiguiente, la existencia de un nivel externo de la subsidiariedad es el reconocimiento de que el Derecho penal no es otra cosa que un medio más dentro de todo el sistema de control social. Aunque este sector del ordenamiento esté dotado de una serie de características propias, como su alto grado de formalización o la importancia de los bienes jurídicos que protege, posee los mismos componentes que otros (norma, sanción y proceso)³⁹⁶.

En definitiva, de lo que se trata en este nivel de análisis no es mezclar churras con merinas, sino de determinar el nivel de éxito máximo que puede dar cada medio de control social y posteriormente tomar una decisión sobre qué hacer con el riesgo restante. En muchos casos, este requerirá inevitablemente de la intervención del Derecho penal para reafirmar las medidas y sancionadoras previas, por ello resulta habitual que ambos tipos de medidas, sancionadoras y preventivas³⁹⁷, actúen conjuntamente, elevando así la eficacia del sistema de control social, pero en otros casos no será necesario acudir al Derecho penal, bastando con mecanismos provenientes de otros sectores. Lo que hay que

³⁹⁴ Así, HEFENDEHL, R. “Churras y merinas o más de lo mismo. La prevención técnica y el Derecho penal”, en VV. AA, (VON HIRSCH, A SEELMANN, K. WOHLERS, W. (Ed. Alemana) ROBLES PLANAS, R. (Ed. Española)). *Límites al Derecho penal. Principios orientativos en la fundamentación del castigo*. Atelier. Barcelona. 2006, pág. 104. En igual sentido WHOLERS, W. “Derecho penal como *ultima ratio* ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en VV. AA, (VON HIRSCH, A SEELMANN, K. WOHLERS, W. (Ed. Alemana) ROBLES PLANAS, R. (Ed. Española)). *Límites al Derecho penal. Principios orientativos en la fundamentación del castigo*. Atelier. Barcelona. 2006, pág. 123, quien también pone en duda que se pueda comparar y jerarquizar pena con medidas preventivas.

³⁹⁵ WHOLERS, W. “Derecho penal como *ultima ratio*”...cit. pag 124.

³⁹⁶ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad*...cit. pág. 340.

³⁹⁷ Entendiendo como tal aquellas que tienen directamente dicha finalidad pero también aquellas que consiguen dicho efecto de manera indirecta.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

tener en cuenta para poder llevar a cabo una comparación justa entre ambas es que no hay que esperar de las preventivas una reducción a cero de las conductas que atentan contra el bien jurídico³⁹⁸. Sin embargo, esto es en realidad extrapolable a todos los medios de control social, incluso al Derecho penal del que tampoco se puede esperar una eficacia absoluta³⁹⁹.

Otro aspecto que permite la existencia de un nivel externo en el principio de subsidiariedad, en el sentido de que permite la posibilidad de comparar medidas preventivas y sancionadoras ajenas al Derecho penal con medidas propias de éste sector del ordenamiento es asumir el hecho de que a las medidas alternativas tampoco se les puede exigir que alcancen el mismo nivel de eficacia que alcanzaría el Derecho penal en una determinada situación, pues esto conduciría a la anulación de la virtualidad restrictiva del principio de subsidiariedad⁴⁰⁰. Como señala PRIETO DEL PINO ningún otro sector del ordenamiento posee unas características de las que quepa esperar un nivel de prevención más alto que el logrado por el Derecho penal, por lo que la opción del legislador a favor del Derecho penal rara vez dejaría de encontrar respaldo⁴⁰¹. Por esta razón el Derecho penal es prescindible no solo en los casos en los que se pueda obtener a través de medidas alternativas resultados de eficiencia iguales o superiores, sino también aquellos en los que se logren efectos preventivos no significativamente inferiores. Lo importante es que este tipo de medidas prevengan significativamente un número elevado de casos dejando prácticamente al mínimo el ámbito que queda desprotegido y que, por tanto, debe ser tolerado⁴⁰².

Rebatidas las críticas que se han formulado en el marco del principio de subsidiariedad y expuesta su dinámica de funcionamiento, en las siguientes líneas se analizarán las medidas previas al Derecho penal dispuestas en el ordenamiento jurídico

³⁹⁸ WHOLERS, W. Derecho penal como *ultima ratio*...cit. pág. 111.

³⁹⁹ En un Estado de Derecho que propugna la libertad como valor superior no puede haber sistemas de control con una eficacia del cien por cien. WHOLERS, W. Derecho penal como *ultima ratio*...cit. págs. 124-125.

⁴⁰⁰ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad*...cit. pág. 338; PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso*...cit. pág. 286. En igual sentido RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal*...cit. pág. 379; WHOLERS, W. Derecho penal como *ultima ratio*...cit. pág. 111. En igual sentido, SEHER, G. ¿Puede ser “subsidiario” el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”, en VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de Ricardo Robles Planas.). Atelier, Barcelona, 2012, pág. 132.

⁴⁰¹ PRIETO DEL PINO, A.M. “Los contenidos de racionalidad...”cit. pág. 304.

⁴⁰² WOHLERS, W. Derecho penal como *ultima ratio*...cit. pág. 111.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

que van dirigidas a evitar las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

El sistema de control social que disuade de la comisión de conductas que afectan al principio de imparcialidad goza de una gran cantidad de subsistemas, lo que además resulta deseable en un Estado que se proclama social⁴⁰³. En el ámbito que nos concierne, la corrupción pública, existen muchos tipos de medidas ajenas al Estado para luchar contra la misma, como por ejemplo, el refuerzo de una cultura política, el diseño de un modelo de Estado concreto, medidas educativas que refuercen valores...⁴⁰⁴. De hecho, son muchos los autores que han expuesto algunas de sus ventajas⁴⁰⁵. Sin embargo, una enumeración y análisis profundo de todas ellas excedería del objeto del presente trabajo. Por consiguiente, sólo me voy a centrar sobre aquellas de carácter estatal que, a falta de medios empíricos que lo confirmen, intuyo como las más efectivas.

2.4.1.1. Medidas preventivas genéricas del Derecho administrativo

A) El régimen de incompatibilidades

La protección del principio de imparcialidad no es exclusiva del Derecho penal, sino que se aborda a través de diferentes mecanismos dispuestos en el derecho administrativo que tratan de evitar situaciones de conflictos de interés, garantizando que los funcionarios públicos no se desvíen hacia intereses privados la adopción de decisiones. La transparencia es una variable transversal para asegurar la imparcialidad en todos los subsistemas de control social anticorrupción, ya que, por un lado, ejerce una labor de control democrático al dar publicidad a determinadas situaciones y, por otro, permite que determinadas conductas salgan a la luz y puedan ser sancionadas como, por ejemplo, la obligación de transparencia y la publicidad de las actividades e intereses patrimoniales a través de registros, etc.⁴⁰⁶. Por eso no voy dedicar un epígrafe a la misma, sino que se irán apuntando aspectos relacionados con ella cuando corresponda.

⁴⁰³ Un Estado que se propugna como social debe disponer de numerosas posibilidades de intervención positivas distintas a la prohibición bajo sanción. MIR PUIG, S. *Introducción a las bases...* cit. pág. 126.

⁴⁰⁴ ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...* cit. pág. 7.

⁴⁰⁵ A través de medidas educativas que permiten interiorizar comportamientos sociales que se consideran adecuados GILL HEARN, R. The role of education in changing corrupt practices, en VV.AA. (Ed. GAYCAR, A y SMITH, R.G.) *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar. Cheltenham (UK), Northampton(USA).2011, pág. 463 y ss.

⁴⁰⁶ MESEGUER YEBRA, J. *El régimen de las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas: análisis práctico de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, recopilación normativa y selección jurisprudencial*. Bosch. Barcelona. 2003, pag. 44.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Uno de los mecanismos dispuestos para garantizar la imparcialidad en la actuación administrativa son las leyes de incompatibilidad, que tratan de evitar situaciones que puedan originar compromisos, presiones, influencias propias o de terceros y, por consiguiente, un aprovechamiento ilegítimo del cargo público durante o con posterioridad al cese. De este modo, tipifican conflictos de interés aparentes o potenciales que evitan que las decisiones públicas puedan verse cuestionadas si la autoridad desempeña otros cargos públicos o privados. Como ya se ha apuntado, las prohibiciones e incapacidades generan una falta de capacidad subjetiva en abstracto, a diferencia de las figuras de la abstención y recusación que suponen una incapacidad subjetiva concreta ante supuestos en los que concurre una causa prevista en la ley para un procedimiento y momento puntual⁴⁰⁷. Por ello, siempre que se habla de las incompatibilidades se suele hacer referencia a la “apariencia de parcialidad” u otros conceptos relacionados con el peligro de adopción de resoluciones parciales, situaciones que pongan en duda su actuación, anticipación...⁴⁰⁸. Así, como dice MESEGUER YEBRA, las incompatibilidades “tienen la utilidad de servir como sistema de detección de situaciones que rozan el ilícito penal y actúan como luz de alarma para intensificar cautelas y reservas”⁴⁰⁹.

El régimen de incompatibilidades lo componen incontables normativas especiales, fragmentadas y dispersas, lo que dificulta enormemente el conocimiento de las que resultan aplicables al caso concreto y favorecen su escasa aplicación⁴¹⁰. La mayoría de los ordenamientos no establece el mismo régimen de incompatibilidad para todos aquellos sujetos que ejercen la función pública, sino que hacen distinciones según la administración a la que pertenezca el sujeto. Así, el ordenamiento español establece para los altos cargos de la Administración un régimen normativo más estricto, que se encontraba regulado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y que ha sido recientemente sustituida por la Ley 3/2015, de 30 de

⁴⁰⁷ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 33. Como dice MATARELLA, la abstención sólo tiene razón de ser cuando los conflictos de interés son puntuales, no cuando se prevé que aparecerá a menudo, para estos casos están las incompatibilidades. MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...”cit pág. 33.

⁴⁰⁸ MESEGUER YEBRA, J. *El régimen de las incompatibilidades...*cit. pág. 50.

⁴⁰⁹ MESEGUER YEBRA, J. *El régimen de las incompatibilidades...*cit. pág. 51.

⁴¹⁰ Críticamente COCCIOLO, E. “La regulación de la ética de los empleados y cargos públicos. Régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y códigos de conducta”, en VV.AA. *Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)* (Coord. ESPUNY TOMÁS, M^a J; PAZ TORRES, O.). Dykinson. Madrid. 2010, pág. 268.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Por su parte, los cargos de la Administración local se regirán por lo dispuesto en la Ley 53/ 1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La razón por la que se establece un sistema de incompatibilidades diferente para los altos cargos obedece a la mayor transcendencia de las funciones que conlleva su ejercicio, el cual debe llevar aparejada una mayor responsabilidad⁴¹¹. Sin embargo, este hecho servía como argumento a la doctrina para revelar lo laxo que resultaba el sistema de incompatibilidades de la Administración local, siendo precisamente en las corporaciones locales, reguladas por la Ley 53/1984, donde empíricamente se sitúa el verdadero problema de la corrupción⁴¹². Además de la escasa gravedad de las sanciones en comparación con la de los altos cargos, esta última disposición normativa ha sido cuestionada por la doctrina por los problemas que genera de cara a su aplicación certera y coherente, por no contemplar ni de lejos todos los supuestos de hecho⁴¹³.

Sin embargo, con independencia de que la normativa española tenga un amplio margen de mejora, hay dos motivos por los que el régimen de incompatibilidades requiere ser complementado con otras medidas preventivas. En primer lugar, como ya se expuso, éstas contemplan situaciones que con carácter general son peligrosas llamadas conflictos de intereses potenciales o aparentes que no se concretan en una situación determinada, dejando fuera aquellas consistentes aquellas situaciones de conflictos de interés inminentes. Puede haber actuaciones que resulten peligrosas en general, pero que no lleguen a materializarse en una situación en la que el sujeto se vea obligado a decidir entre los dos intereses contrapuestos, el público y el privado. Así, por ejemplo, el hecho de que un concejal de urbanismo tenga una empresa de promoción inmobiliaria en su propio municipio constituye una acción peligrosa en general que no se está materializando en una situación concreta. Pero también puede haber otras en las que el sujeto, sin realizar una conducta peligrosa general, pueda verse envuelto en una situación de conflicto de

⁴¹¹ Así lo subraya MESEGUER YEBRA, J. *El régimen de las incompatibilidades...* cit. pág. 51. También sucede lo mismo en otros países. Vid. MATARELLA, B.G. "The conflicts of interests..." cit pág. 32.

⁴¹² PALOMO DEL ARCO, A. "Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el Código penal de 1995. ¿Legalización de la contratación en interés propio?", en VV.AA. (FERRÉ OLIVÉ, J.C Ed) *Fraude y corrupción en la Administración pública*. Ed. Univ. Salamanca. Salamanca. 2003, pág. 253.

⁴¹³ MESEGUER YEBRA, J. "El régimen jurídico de las incompatibilidades de los empleados públicos locales". Seminario de actualización de la función pública. Disponible en internet en: http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Meseguer_Yebra_incompatibilidades.pdf

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

interés actual. De modo que un sujeto que cumple la normativa de incompatibilidades a rajatabla puede verse en un momento determinado en la tesitura de tener que participar en la adopción de una decisión en la que tiene un interés privado. De hecho, reconocer o autorizar la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada o una segunda actividad pública en contra de lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades implica un juicio abstracto e hipotético, pero no excluye la posibilidad de que en un momento determinado el sujeto incurra en una causa que le obligue a abstenerse⁴¹⁴. Por eso, ambos tipos de normas se complementan.

En segundo lugar, para que funcione el régimen de incompatibilidades requiere ser refrendado por sanciones impuestas por órganos independientes para casos de incumplimiento voluntario de la norma. Es decir, es necesario imponer un castigo a aquellos sujetos que llevan a cabo actividades privadas incompatibles con su cargo. Y es aquí donde aparentemente falla el sistema previsto en el ordenamiento español. Como novedad, la Ley de 2015 para altos cargos prevé en su Título IV la existencia de un régimen sancionador de conductas graves o muy graves que conllevará la destitución del cargo, la pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese o la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese. No obstante, aunque la incoación del expediente sancionador corresponde a la oficina de conflictos de intereses, que aparentemente se considera un organismo independiente, la efectiva aplicación de una sanción a los altos cargos de la Administración del Estado queda en mano de órganos puramente políticos, que, según el artículo 27 de dicha Ley corresponderá al Consejo de Ministros o al Ministro de Hacienda y Administraciones públicas. Por su parte, la ley 53/ 1984 aplicable al resto de sujetos que ejercen la función pública pero que no son altos cargos, establece en su artículo 20.1 que el incumplimiento de lo dispuesto en esta normativa “será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación”. Sin embargo, esta remisión al Derecho disciplinario resulta criticable dado que, como veremos a lo largo del capítulo, su defecto principal consiste en que el mismo sólo puede ser aplicado a sujetos que tienen la condición de empleado público y, por tanto, deja fuera a los cargos electos y autoridades de la

⁴¹⁴ MESEGUER YEBRA, J. El proyecto de Ley de conflictos de intereses de los altos cargos de la Administración estatal, el deber de inhibición y las incompatibilidades “ex post”, en *Revista general de Derecho administrativo*, nº10, noviembre 2005, pág. 6.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Administración local que son los que llevan a cabo los actos administrativos más trascendentes y los que, según datos judiciales, se corrompen más a menudo.

B) La abstención y recusación

Para afrontar situaciones de conflicto de interés inminente o real, el ordenamiento administrativo prevé las figuras de la abstención y recusación en la LRJSP y en otras leyes administrativas⁴¹⁵. Sin embargo, ya se ha analizado de forma preliminar cómo funciona y la importancia del mismo a lo largo de la fragmentariedad, por lo que en este apartado me centraré en cómo opera, quién puede instar la recusación y qué consecuencias jurídicas, sancionadoras o no, se derivan de su incumplimiento.

El procedimiento que rige para la abstención y la recusación es más complejo de lo que en principio pudiera parecer. Así, La LRJSP en sus artículos 23.1 y 24.3 apuntan que para resolver tanto la abstención como el incidente de la recusación será resuelto por el superior jerárquico. Sin embargo, como señalan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS esta regla es insuficiente, en primer lugar, porque en la Administración local los órganos (presidente, pleno y junta de gobierno) no se encuentran jerarquizados entre sí y, en segundo lugar, porque desde la CE de 1978 “es clara la neta diferenciación entre el Gobierno y la Administración, sucediendo que los órganos que integran el complejo orgánico del Gobierno no se encuentran propiamente sujetos a una relación jerárquica”, de tal forma que esta exigencia a menudo da lugar a problemas interpretativos sobre quién es el encargado de resolver dicho incidente⁴¹⁶. En el caso de la corporación local, el artículo 183.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), establece que cuando se de alguna de las causas de abstención y recusación previstas en la LRJPC el sujeto deberá abstenerse de actuar, dando cuenta al presidente de la corporación añadiendo que “cuando la recusación se dirija a cualquier miembro de la Corporación, decidirá el Presidente, y si se refiere a éste, el Pleno”. Sin embargo, como apuntan PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, teniendo en cuenta la modesta posición del ROF en el sistema de fuentes, éste criterio, a juicio de

⁴¹⁵ En igual sentido COCCIOLO, E. “La regulación de la ética de los empleados...cit. pág. 279; MESEGUER YEBRA, J. *El régimen de las incompatibilidades...*cit. pág. 43.

⁴¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 139-178.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

ambos autores acertado, podría ser modificado por otra norma autonómica o incluso local⁴¹⁷.

Respecto al deber de abstención, ha de plantearse por escrito *motu proprio* por parte del sujeto que incurre en dicha causa, pero también puede hacerlo el superior jerárquico⁴¹⁸. Sin embargo, aquí se vuelve a plantear el problema relativo a los casos de ausencia de éste, lo que suele ser habitual, las relaciones entre superior e inferior no son realmente de jerarquía, sino más bien de camaradería, lo que podría dar lugar a una cierta desconfianza respecto a que sobre dicho sujeto recaiga la responsabilidad para instar dicho procedimiento⁴¹⁹. Asimismo, respecto al momento en el que se debe plantear la abstención, como ya se ha dicho, es tan pronto como sea advertida la causa que la motive, estableciendo el TS que lo razonable no es dilatar la abstención al momento resolutivo sino que “la imparcialidad debe evidenciarse desde el inicio del expediente⁴²⁰”.

En lo que concierne a la recusación, indican PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, si la abstención es un deber legal, “la recusación constituye un derecho subjetivo de naturaleza procedimental”⁴²¹. Se trata de un incidente de tal calibre que tiene la capacidad de suspender el procedimiento. Ahora bien, el derecho de recusación únicamente puede ejercitarse por los interesados desde el momento en que el interesado tenga conocimiento de la identidad de las personas que intervienen en el mismo⁴²². La cuestión que se plantea aquí es la relativa a la dificultad para alcanzar dicho conocimiento. Así, por ejemplo en los procedimientos de selección de empleados públicos se ordena la publicación de los miembros del tribunal o comisión de selección, pero esto no sucede en el resto, donde no existen reglas que garanticen la publicidad de la identidad de los

⁴¹⁷ Aunque dada la importancia de dichos incidentes, ambos autores opinan que la regla, según la cual le corresponde al presidente decidir sobre la recusación del resto de miembros de la corporación local, debería cambiarse, y atribuirse siempre al pleno. FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 144. Asimismo, ambos autores, apoyados en la jurisprudencia, defienden que el alcalde no debe decidir como miembro del pleno del ayuntamiento en el sobre su propia recusación sino que debe abstenerse pág. 145.

⁴¹⁸ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 151.

⁴¹⁹ PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo. Vol II Organización y empleo público 25 ed.* Open Ediciones Universitarias: Madrid; 2015, pág. 550.

⁴²⁰ STS 4 de abril de 2005 (Rec 5548/2002). Esta sentencia contempla un caso en el que uno de los miembros del consejo de Administración de la autoridad portuaria era uno de los licitadores y el que obtuvo la concesión. Sin embargo, a pesar de la aparente abstención, el TSJ de Galicia y el TS posteriormente consideraron que esta no se había llevado a cabo en el momento adecuado “debido a que debió producirse con anterioridad al citado acto que constituye el final del procedimiento del concurso”.

⁴²¹ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 158.

⁴²² FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 158.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

instructores y de los titulares de los órganos competentes⁴²³. Otro de los problemas de la recusación es que, como es lógico, sólo puede ser promovida por los interesados, que son todas aquellas personas que puedan ver sus derechos afectados por la decisión que se adopte, lo que, a diferencia del procedimiento penal, implica una legitimación más limitada.

Estos problemas propios de la regulación la regulación española sobre abstención y recusación podrían mejorarse desde un punto legislativo, a través de las propuestas que realizan los autores anteriormente citados pero al igual que sucede con la normativa que regula las incompatibilidades, ésta requiere de mecanismos sancionadores que la refrenden. En cualquier caso, el cumplimiento de reglas tan importantes no puede quedar en manos de que el funcionario decida voluntariamente abstenerse o que el interesado ejercite la recusación. Este tipo de mecanismos exige un refuerzo que opere en casos de ausencia de inhibición voluntaria del funcionario. Por ello, se van a analizar los efectos que produce la falta de abstención en lo concerniente al acto administrativo sobre el que recae y sobre la responsabilidad personal del sujeto que infringe este.

La primera consecuencia que puede producir el incumplimiento del deber de abstención es la posible anulación del acto administrativo de que se trate⁴²⁴. La LRJSP en su artículo 23.4 establece que “la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido” y en el mismo sentido se pronuncian otras normas sobre la materia. Sin embargo, como dicen FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, la ley no aclara en qué casos la intervención si implica la invalidez del acto. Como se expuso en su momento, la LRBRL en su artículo 76 sirve de guía interpretativa al establecer que la “actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”. Por consiguiente, sólo se podrá instar la invalidez en aquellos casos en los que la ausencia de abstención haya sido transcendente para el fondo del asunto. Esta invalidez se transformará en nulidad de pleno derecho en caso de que la ausencia de abstención tenga lugar en un ámbito en el que los administrados

⁴²³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 159.

⁴²⁴ Además de la infracción del deber de abstención, hay otras técnicas que permiten un control jurisdiccional de las decisiones administrativas y que controlan si existe arbitrariedad por parte de este sector del ordenamiento como por ejemplo la figura de la desviación de poder.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

concurren competitivamente y la Administración funciona como poder adjudicador⁴²⁵. A pesar de ello, como señalan estos autores, resulta censurable la actitud de los tribunales en este tema, pues son bastante reacios a admitir nulidades por este motivo⁴²⁶.

En cualquier caso, aunque los tribunales tendieran a dictar más a menudo la nulidad de determinados actos administrativos en los que se infringe el deber de abstención lo cierto es que dicha medida no es suficiente para evitar conductas dañosas como para no requerir la subida de un peldaño más en la escala de control social⁴²⁷. Al igual que sucede con la obligación del infractor de devolver las ganancias ilícitas obtenidas, la anulación del acto es una forma de eliminar los efectos jurídicos que produce en la realidad social una determinada decisión administrativa, pero desde luego no posee carácter aflictivo⁴²⁸. De este modo, no es capaz de disuadir de comportamientos en el futuro. En definitiva, una mayor predisposición de los tribunales a anular actos administrativos en los que han participado sujetos que incurren una causa de abstención y cuya intervención es de carácter determinante puede dar lugar a un mínimo efecto disuasorio, probablemente, aquellos que lo dictan se lo pensarán más la próxima vez antes de llevarlo a cabo pero en la medida de que no tiene efectos jurídico personales sobre el funcionario o autoridad pública, carece de poder de disuasión frente a conductas dañosas.

Como apunta PRIETO DEL PINO, la inhibición moral no parece desempeñar en el ámbito de la delincuencia corrupta un papel similar al que puede ejercer en otros actos ilícitos. Esto se debe a diversos motivos, pero uno de ellos es que este tipo de conductas suelen “pasar por lícitas”, por lo que su comisión no da lugar a la aparición de “*crime appeal*”, es decir, a la percepción de la misma como nociva por el propio sujeto que las comete⁴²⁹. En cualquier caso, como apunta la autora, esta regla general tiene excepciones. Así, en los países del norte de Europa se mostró más rechazo a las mismas que en los del sur. Asumido el hecho de que “el mandato o la prohibición no cuentan con el respaldo para garantizar su seguimiento”, para combatir este tipo de conductas es necesario acudir

⁴²⁵ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 194.

⁴²⁶ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 189.

⁴²⁷ Como expone MATARELLA, B.G “The conflicts of interests of public officers...cit. pág. 34, el deber de abstención puede ser violado.

⁴²⁸ PRIETO DEL PINO, A.M. *El uso de información privilegiada*...cit. pág. 257.

⁴²⁹ PRIETO DEL PINO, A.M. “Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol” en VV.AA. *Cuadernos penales José María Lidón*. Deusto publicaciones. Bilbao 2008, pág. 112.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

a la disuasión a través de sanciones, pues, es la única manera de lograr que el comportamiento de los ciudadanos resulte acorde con lo ordenado o prohibido⁴³⁰.

Una vez apuntada la necesidad de acudir a un régimen sancionador para castigar a aquellos sujetos que infringen el artículo 28 de la LRJSP, éste se analizará cuando se trate el sistema de sanciones dispuesto en el Derecho administrativo.

2.4.1.2. Medidas preventivas específicas del ámbito de la contratación pública

La problemática propia de este sector administrativo ha dado lugar a que sea empíricamente uno de los que más sufre la corrupción y prácticamente el único sobre el que han recaído sentencias relativas al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Esto revela la necesidad de analizar las medidas preventivas existentes en éste ámbito concreto, dado que los datos empíricos parecen apuntar a que no están funcionando adecuadamente en la práctica.

El mayor problema de la legislación de contratos del sector públicos es que nos encontramos ante una regulación prolija cuyas normas han servido para amparar conductas corruptas y clientelares. Como indican GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS “se erige una magnífica e intachable construcción jurídica, en la que se satisfacen pulcramente las exigencias derivadas de los principios jurídicos que vinculan el quehacer de las Administraciones públicas; pero en la práctica esa legislación no se emplea (se hace en un porcentaje insignificante del volumen total de la contratación), acudiéndose a fórmulas de fuga...”⁴³¹. Así, por ejemplo, en la mayoría de ocasiones para evitar la aplicación de la “farragosa” normativa relativa a la contratación pública se acaba recurriendo a formas privadas de personificación instrumental⁴³². Por consiguiente, en lugar de contratar con la Administración directamente, se hace a través de ente interpuesto⁴³³. De esta forma, como expresa GIMENO FELIÚ, nuestra legislación de

⁴³⁰ PRIETO DEL PINO, A.M. “Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol” en VV.AA. *Cuadernos penales José María Lidón*. Deusto publicaciones. Bilbao 2008, pág. 113.

⁴³¹ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho administrativo*. cit. pág. 750.

⁴³² A través de este mecanismo se evita la consideración de un determinado contrato como “contrato público” y se elude la aplicación de su normativa, eludiendo así todos los trámites y exigencias de la LCSP.

⁴³³ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho administrativo*. cit. pág. 750. Sobre la importancia para evitar la corrupción de tener unas leyes y reglas del juego claras en materia de contratación pública y además simples Vid. WARE, G.T; MOSS, S; CAMPOS, E; NOONE, G.P. “Corruption in procurement”, en VV.AA. (Ed. GAYCAR, A y SMITH, R.G.) *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar. Cheltenham (UK), Northampton (USA). 2011, pág. 68 y 97.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

contratos desde 2007 contiene, a modo de “caballo de troya contra el principio de integridad”, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública⁴³⁴.

Un buen ejemplo de que la normativa sobre contratación pública no ha servido al cumplimiento de los principios básicos de transparencia, concurrencia, publicidad, etc., es la previsión del procedimiento negociado sin publicidad, que ha funcionado como una fórmula de fuga⁴³⁵. A pesar de que la propia Ley dispone su excepcionalidad, la práctica demuestra que ha sido el más utilizado⁴³⁶. El problema es que dicha “negociación” no siempre existe, funcionando éste como un procedimiento de adjudicación directa con ausencia de una verdadera concurrencia⁴³⁷. Por su parte, el procedimiento abierto, más largo, complejo y que garantiza en mejor medida dichos principios fundamentales, en contra de lo que dispone la ley, ha sido el menos aplicado.

Otro procedimiento que prima la eficacia en la contratación, mermando los principios de transparencia y libre concurrencia y que también ha sido utilizado abusivamente es el de adjudicación directa. Esto se debe a los elevados límites económicos que exige el TRLCSP para no poder aplicarlo⁴³⁸. Así, se podrá recurrir a la adjudicación directa para los contratos menores, que son aquellos de menos de 50.000 euros cuando se trate de contratos de obra o de 18.000 euros cuando se trate de otros⁴³⁹.

⁴³⁴ GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit. pág. 53. En igual sentido MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en *La Ley*, nº 7382. 2010, pág. 9.

⁴³⁵ Por ello la Unión europea ha tratado que España elimine este de procedimiento. Así, lo pone de manifiesto la noticia del País “El gobierno acabará con los contratos sin publicidad. Bruselas exige más transparencia a cambio de no sancionar a España por el déficit público”, de 30 de Octubre de 2016, disponible en http://economia.elpais.com/economia/2016/10/30/actualidad/1477849035_305695.html. línea:

⁴³⁶ El procedimiento negociado (con y sin publicidad) fue, frente al abierto, el más utilizado en Andalucía en 2011 y 2012. MESA VILA, M. “La desnaturalización del procedimiento negociado”, en el Observatorio de la Contratación pública.3/11/2014. Disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.174/releategoria.208/relemenu.3/chk.819cbc9eb480e6aa67d03866e1bbff0d>

⁴³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. 2015, pág. 586-587.

⁴³⁸ Elevados, si tenemos en cuenta el presupuesto que manejan los ayuntamientos.

⁴³⁹ La transparencia en el sector de la contratación es fundamental porque “garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia” Vid. GIMENO FELIÚ, J.M. “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia.”, en el *Observatorio de la contratación pública (OBEP)*, publicado el 12/05/2014. Disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/releategoria.121/relemenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f>.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En este caso la Administración elige con gran libertad y directamente al contratista con el único requisito de solicitar oferta de al menos tres empresas “siempre que ello sea posible” (artículo 178.1 TRLCSP). Por ello, una práctica habitual ha sido la de fraccionar el contrato con la intención de no superar estos umbrales, una práctica prohibida por la Ley, pero que desgraciadamente ha resultado frecuente en la práctica.

Sin embargo, estas no son las únicas patologías de la normativa española respectiva a los contratos públicos. La sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (asunto T-384/10, *España/Comisión.*) ha revelado diversas irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al agua en poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana⁴⁴⁰. Así, cabría mencionar las siguientes: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea, la inclusión entre los criterios de adjudicación del criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con una empresa determinada, la previsión de un procedimiento de pre-adjudicación, establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de ofertas⁴⁴¹. Todas ellas deben ser consideradas como malas prácticas o *red flags* que alertan sobre una posible adjudicación corrupta.

Otro de los problemas propios de la legislación de contratos públicos que hacen de éste un sistema deficiente para evitar ataques contra la imparcialidad son las prohibiciones de contratar que la Ley prevé en el artículo 49 del TRLCSP y cuya concurrencia en el licitador le impide celebrar un contrato con el sector público. En ellas, figura el haber sido condenado mediante sentencia firme por un delito de corrupción y también regula la prohibición de contratar por estar la persona física o los administradores de la persona jurídica incurso en algún supuesto de incompatibilidad o conflicto de interés previsto en el 49.1 TRLCSP apartados f) y g). Sin embargo, la doctrina considera que éstas son claramente deficientes y que las previsiones de estas disposiciones no siempre pueden verse cumplidas, especialmente por el hecho de que se carece de un sistema que informe de todas las condenas penales que se refieren a estos tipos delictivos,

⁴⁴⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit. págs. 53.

⁴⁴¹ Exigir un determinado grado de experiencia ha sido rechazado como criterio de adopción de decisiones en el ámbito de la contratación pública por el Tribunal de Justicia de la Unión europea debido que alude más a criterios subjetivos que objetivos.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

porque incluso conociendo la sentencia, es necesaria la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, convirtiendo las prohibiciones de contratar en un elemento disuasorio más bien limitado⁴⁴².

Expuesta la situación, no resulta sorprendente la existencia de numerosos casos en la jurisdicción penal relativos a la contratación pública dado que la normativa administrativa aplicable en éste ámbito ha creado el caldo de cultivo perfecto para la adopción de decisiones conforme a intereses privados y otras prácticas clientelares. Esto ha motivado que el Parlamento europeo haya aprobado varias Directivas que deberán ser transpuestas antes de abril de 2016 y que son la 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE denominadas “de cuarta generación”. Su objetivo principal es garantizar la eficiencia de los fondos públicos, para lo que los principios de transparencia y publicidad se erigirán como instrumentos fundamentales para asegurar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos⁴⁴³. Así, ellas introducen modificaciones y eliminan la posibilidad de que la normativa europea de contratación pueda ser burlada para los contratos no armonizados, pues a partir de ahora el contenido de ésta debe servir de referencia para cualquier contrato público que lleve a cabo la Administración, incluso aunque no estén cubiertos por dicha regulación⁴⁴⁴.

Como medidas, las nuevas Directivas introducen la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público toda la licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea o no estatal, con el objetivo de que cualquier operador jurídico con independencia de su procedencia pueda conocer cuál es el objeto de la licitación y si resulta de su interés, garantizando así la transparencia. Además, la nueva normativa precisa el concepto de organismo de derecho público conforme a la doctrina del TJUE, lo que permite la fácil constatación de sus requisitos e impide sortear la normativa de contratos públicos acudiendo a fórmulas de fuga como la creación de entidades de derecho privado⁴⁴⁵, lo que permitía eludir la normativa europea y los principios de

⁴⁴² MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en *La Ley*, nº 7382. 2010, pág. 16.

⁴⁴³ GIMENO FELIÚ, J. M. “Las nuevas Directivas-cuarta generación-...cit. pág. 42.

⁴⁴⁴ GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit. pág. 52.

⁴⁴⁵ Lo que se denomina la distinción SARA/NO SARA que hace referencia a aquellos contratos que están sujetos(o no) a regulación armonizada (contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 5.000.000 euros y contratos de suministros y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II de la Ley

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

transparencia y publicidad⁴⁴⁶. Sin embargo, además de por la igualdad de trato y la transparencia, las Directivas apuestan por una mayor eficiencia en los contratos. Para ello, con el objetivo de simplificar los procedimientos, se habilitan dos tipos básicos ya conocidos, el abierto y el restringido, pero no desaparecen el diálogo competitivo o el procedimiento negociado. Sin embargo, una mayor flexibilidad y simplificación en los mismos puede dar lugar a un aumento de los riesgos de favoritismo. Por ello, como ha insistido GIMENO FELIÚ, es recomendable que al trasponer la Directiva se recoja la idea de la profesionalización de los órganos encargados de la contratación pública. En este sentido, el autor considera que es fundamental que los procedimientos de contratación pública como, por ejemplo, la negociación en el procedimiento negociado, recaigan sobre un órgano técnico de asistencia bien formado y no sobre uno político, como actualmente sucede⁴⁴⁷.

Otro de los aspectos positivos de las nuevas Directivas es que éstas han incorporado la idea de conflicto de intereses para evitar que sujetos privados puedan influir en el poder adjudicador⁴⁴⁸. Así, exigen a los estados miembros que adopten medidas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos de interés que puedan surgir en toda la fase de contratación, lo que se podría hacer a través de un código ético estricto que los evite y prevenga la prácticas clientelares con el sector privado. Sin embargo, quedará a discreción de los Estados cuánto profundizar sobre esta cuestión. Pero indudablemente, como declara GIMENO FELIÚ, la nueva regulación deberá ser más amplia en relación al régimen de abstención que el establecido como general por la LRSP y la LRBRL⁴⁴⁹.

Respecto al sistema de recursos para preservar la integridad en materia de contratación pública, hay una vocación de mejora por parte de las Directivas aunque también dependerá de cómo sean transpuestas por parte de los Estados. Debido a la

de Contratos del Sector Público, cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros) y a los que por tanto, son aplicables las Directivas sobre contratación pública. Esta distinción ha sido muy criticada por la doctrina. Vid. GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico*...cit. pág. 742.

⁴⁴⁶ GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, en *Observatorio contratación pública* con fecha 12/11/2014. Disponible en internet en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/releategoria.208/relemenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>.

⁴⁴⁷ GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. pág. 53. En igual sentido WARE, G.T; MOSS, S; CAMPOS, E; NOONE, G.P. “Corruption in procurement” cit. pág. 96.

⁴⁴⁸ GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. pág. 72.

⁴⁴⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. pág. 69.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

escasez de éxito de los recursos administrativos de alzada y reposición, dado que eran resueltos por la propia Administración autora de los actos recurridos, el Derecho comunitario obligó establecer un sistema de recursos especiales resueltos por un órgano independiente, lo que motivó la creación de los tribunales de la contratación y fue visto por la doctrina como un logro para evitar corruptelas. Sin embargo, para que el recurso funcione es importante que amplíe la legitimación para que su interposición no se limite únicamente al sujeto interesado que suele disponer el derecho administrativo y que suele ser bastante restringido⁴⁵⁰. Por otra parte, respecto a la validez del contrato, se incorpora a la Directiva la doctrina establecida en la STJUE de 3 de abril de 2008 (Comisión/Reino de España) dando carácter normativo al mandato jurisprudencial que evita que un contrato nulo continúe su ejecución hasta que se formalice el recurso. A partir de ahora esto supondrá directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho⁴⁵¹.

Ahora bien, a pesar de que se valora como muy positiva la mejora legislativa que van a suponer las nuevas Directivas “de cuarta generación” en el sistema de contratación pública para reducir las oportunidades de llevar a cabo prácticas clientelares, siempre que éstas sean bien transpuestas por los poderes públicos y se doten de mecanismos de control suficientes⁴⁵², lo cierto es que las mismas no eliminan el riesgo de que un sujeto determinado incumpla la normativa de manera voluntaria y deba ser sancionado. Como se ha señalado previamente, para disuadir determinados comportamientos ilícitos no basta con la nulidad o anulabilidad del acto en cuestión, sino que se requiere de un mecanismo que exija responsabilidad personal del sujeto, especialmente si se tiene en cuenta los riesgos de corrupción que presenta este sector⁴⁵³. Sin embargo, precisamente por las características propias de este sector administrativo, que lo hace proclive a la adopción de decisiones parciales, resulta curioso que no exista un régimen sancionador

⁴⁵⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. Las nuevas... pág. 72.

⁴⁵¹ GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. 72.

⁴⁵² Se requerirá que se refuercen los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección como de control de los Tribunales de Cuenta, las agencias de lucha antifraude, una respuesta más rápida, exigir mayor cualificación por parte de los gestores públicos evitando la politización. Vid. GIMENO FELIÚ, J.M. Las nuevas Directivas- de cuarta generación-...cit. pág. 73.

⁴⁵³ De hecho, instar la nulidad o anulación del contrato público tampoco es fácil, dado que sólo los interesados se encuentran legitimados para ello. Por consiguiente, sucede a menudo que sólo cuando hay cambio de gobierno en la corporación local es posible instar la nulidad y tener conocimiento porque tampoco la oposición tiene acceso a todos los expedientes de contratación. Por eso, GIMENO FELIÚ considera que, para evitar estos casos, la transposición de las nuevas Directivas debe incorporar un concepto amplio de sujeto interesado de cara a la legitimación para la interposición de recursos. Vid. “La reforma comunitaria en materia de contratos”...cit. pág. 79.

específico⁴⁵⁴. Un mecanismo que castigue la omisión de trámites preceptivos, el funcionamiento indebido o las irregularidades en la valoración de criterios⁴⁵⁵. Por ello, me sumo a la opinión de aquellos autores que proponen incorporar un régimen sancionador específico en esta materia que precisamente aproveche la infraestructura creada en 2010 con los tribunales de la contratación⁴⁵⁶.

2.4.1.3 Medidas sancionadoras previstas en el derecho administrativo

Declarada la necesidad de acudir a medidas sancionadoras para disuadir conductas que atentan contra el principio de imparcialidad, en primer lugar, hay que comprobar de qué opciones dispone el ordenamiento jurídico español al margen del Derecho penal. Es necesario saber cuál es el sector que sanciona las infracciones del deber de abstención y aquellas que constituyen una intervención parcial en el procedimiento. Esta tarea resulta especialmente necesaria en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos ya que habrá que averiguar a qué sector del derecho administrativo se refiere exactamente la doctrina y la jurisprudencia cuando desvíen las conductas este tipo penal a dicha jurisdicción. Dicho esto, el objetivo de este epígrafe será analizar si efectivamente existe una respuesta sancionadora en el derecho administrativo que castigue las conductas de negociaciones prohibidas identificadas previamente en la fragmentariedad y en su caso, si éste sector del ordenamiento es capaz de llevar a cabo dicha tarea eficazmente y a un menor coste que el Derecho penal.

La LRJSP en su artículo 28.5 señala que “la no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad”. Sin embargo, no remite a ningún sector del ordenamiento, por lo que habrá que llevar a cabo una profunda investigación para analizar dónde se encuentran previstas las sanciones para este tipo de comportamiento⁴⁵⁷. Un repaso concienzudo por las leyes administrativas que podrían contemplar dichas

⁴⁵⁴ La disposición adicional 19 del TRLCSP remite al régimen disciplinario la infracción o la aplicación indebida como falta muy grave, la infracción de la normativa sobre contratos.

⁴⁵⁵ MADARIAGA VENEGAS, A.F. “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación”, en *Observatorio de la Contratación Pública (OBCP)*, publicado el 21/10/2013. Disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.30ae25908c7c5f9c4eeb8e0babfaf011>

⁴⁵⁶ MADARIAGA VENEGAS, A.F. “Algunas propuestas para prevenir...cit.

⁴⁵⁷ Se puede adelantar, como hace MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ que en el Derecho penal español no hay una penalización del simple hecho de actuar estando incurso en la administración en deber de abstención. Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, J. L. “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”. *Revista de la Facultad de Derecho Pucp*. Nº 67, 2011, pág 356.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

sanciones me permite afirmar con carácter previo que la infracción del deber de abstención no se encuentra sancionada en ningún sector administrativo (la contratación, la adjudicación de plazas, las subvenciones...) de manera específica sino que el tratamiento de la responsabilidad de los sujetos que ejercen la función pública se bifurca en dos regímenes diferentes según el tipo de sujeto de que se trate. Así, el ordenamiento distingue entre autoridad pública y empleado público (personal laboral y funcionarios de carrera)⁴⁵⁸.

Como ya se expuso cuando se analizó el sistema de incompatibilidades, dentro de las autoridades, tradicionalmente se ha establecido un régimen distinto para aquellos que son altos cargos del estado y otro para aquellos que no lo son. El régimen sancionador de los altos cargos previsto en la Ley 3/2015, recoge en el artículo 25. 2 c) como falta grave “el incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley”. Sin embargo, resulta criticable la alusión a la necesidad de reiteración de la conducta por dos motivos. En primer lugar, porque suscita dudas sobre cuántas repeticiones exige para considerar que se ha reiterado, lo que, dado su tenor literal, se podría entender que con dos veces es suficiente. En segundo lugar, resulta criticable que el tipo exija esta repetición de conductas puesto que, como se mostró en el análisis de fragmentariedad, se trata de un deber muy importante cuya relación con el principio de imparcialidad y con la corrupción es clara. De modo que la exigencia de reiteración de la infracción, así como la necesidad probatoria de ambas, da lugar a la práctica imposibilidad de su aplicación. De hecho, la actual redacción de 2015 contrasta con la anteriormente vigente, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que en su artículo 17.1 a) no exigía la repetición de conductas⁴⁵⁹. La decisión legislativa de endurecer los criterios de la infracción no se puede considerar menos acertada en un momento en el que la preocupación por el problema de la corrupción en la sociedad española llega a los niveles más altos de su historia⁴⁶⁰. En cualquier caso, como exponen

⁴⁵⁸ Hasta ahora se ha utilizado el concepto “funcionario” en un sentido penal como cualquier sujeto que ejerce funciones públicas pero a partir de ahora distinguirá entre las diferentes clases de sujetos públicos.

⁴⁵⁹ El artículo 17.1 a) de dicha ley tipifica como infracción muy grave “El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere este título”, entre las que se encuentra el deber de inhibición y abstención previsto en el artículo 7.

⁴⁶⁰ Sobre la evolución de la opinión pública y los factores que han contribuido a ello. Vid. VILLORIA MENDIETA, M. “Principales rasgos y características de la corrupción en España”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs 47-66.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS, una cosa es la previsión legal de disposiciones sancionadoras en el ámbito de los altos cargos y otra, su efectividad real⁴⁶¹. La escasa confianza en la eficacia del sistema sancionador establecido para los altos cargos obedece sobre todo a la inexistencia de un cuerpo independiente que precisamente lleve a cabo la incoación de procedimientos sancionadores, pero especialmente a un cuerpo independiente capaz de imponer sanciones, correspondiendo en la actualidad al Consejo de Ministros.

Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno también incluye como novedad un régimen sancionador para altos cargos de las Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, cuyos regímenes sancionadores no gozaban de un régimen jurídico homogéneo⁴⁶². La pregunta qué cabe formularse es la de si el alcalde, los concejales y otras autoridades a nivel local, aquellos que más delitos cometen contra la Administración pública, son susceptibles de ser sancionados a través de dicha disposición, pues en caso de que ostenten el estatus de alto cargo, el régimen sancionador les sería de aplicación. No obstante, el artículo 25 de esta Ley remite su ámbito de aplicación a la normativa autonómica o local que resulte de aplicación⁴⁶³. Esto significa que dependerá de la buena voluntad del Ayuntamiento o la Comunidad Autónoma reconocer a sus autoridades la categoría de alto cargo y que variará de una comunidad a otra o de un ayuntamiento a otro la condición de alto cargo de sus miembros, lo que resulta del todo criticable tratándose de la aplicación de un régimen sancionador.

Entre las infracciones previstas por dicha ley, lo cierto es que hay tres que podrían englobar las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios. La primera es la prevista en el apartado h del artículo 29.1 que castiga “la prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”. La segunda, es la del apartado c del mismo artículo que castiga “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos públicos”. La última es la infracción del deber de abstención prevista en el 29.2 b). Las sanciones para

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 198.

⁴⁶² PALOMAR OLMEDA, A. “Buen gobierno: infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador” en VV.AA. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (GUICHOT REINA, E. coord.). Tecnos. Madrid. 2014, pág. 291.

⁴⁶³ Artículo 25. 2 señala que “Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales”.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

las infracciones más graves son, según el artículo 29.4, la destitución del cargo y la imposibilidad de ser nombrado para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años. Sin embargo, habrá que plantearse qué se entiende por cargo asimilado a un alto cargo porque, indudablemente, si “asimilado” no es cualquier puesto de la función pública, sino otro alto cargo la sanción carece de toda capacidad disuasoria. La amenaza de que un sujeto después de cometer una conducta grave no pueda volver a ocupar otro alto cargo de la Administración no es muy disuasoria, pues ni siquiera supone un apartamiento de la función pública.

En cualquier caso, el problema principal del que adolece el régimen sancionador previsto en la Ley de Transparencia es en la dudosa independencia de los órganos encargados de la incoación de expedientes sancionadores. En su artículo 31 apartado c obliga a que cada entidad territorial tenga o señale un órgano que ejerza tal función⁴⁶⁴. En el caso de que no hayan asignado uno, que será lo más normal, corresponderá en el ámbito local al Pleno de la Junta de la entidad local y en el ámbito autonómico, al Consejo de gobierno de la Comunidad autónoma. En consecuencia, difícilmente se van a poder castigar conductas a través de esta ley si los órganos encargados de imponer sanciones están tan politizados y no son independientes. Por ejemplo, resulta difícil de imaginar que el Pleno del Ayuntamiento se ponga de acuerdo en sancionar al Alcalde aunque su partido político no goce de mayoría absoluta en el Ayuntamiento. A este problema habría que añadir la rapidez con la que las infracciones de dicha ley prescriben que, según el artículo 32 de la misma, será de cinco años para las muy graves, tres para las graves y uno para las leves.

En cuanto a las autoridades que forman parte de la Administración local, tras una investigación profunda sobre el tema se puede afirmar que no están sujetas a ningún tipo de responsabilidad administrativa. La única posibilidad sancionadora a tal efecto la establece la LRBRL en su artículo 78.4 que dispone que “los Presidentes de las Corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la del Estado”. Sin embargo, a pesar de la posibilidad que prevé dicha disposición, que, a priori, se podría criticar por la levedad de

⁴⁶⁴ PALOMAR OLMEDA, A. “Buen gobierno”...cit. pág. 327.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

la sanción que contempla o la exigencia de la reiteración de la conducta, lo cierto es que lo más censurable de todo es que ni las comunidades autónomas ni la Administración del estado han regulado la posibilidad que la misma les ofrecía⁴⁶⁵. Esta actitud contrasta con la apariencia de “mano dura” contra la corrupción que se propugna desde todas las instancias del Estado. La ausencia de sanciones en el ámbito local resulta muy criticable debido a la importancia de la corrupción en este ámbito y a que la mayor parte de la misma se comete por autoridades y no por empleados públicos.

Dejando a un lado el ámbito de las autoridades y altos cargos, las sanciones para empleados públicos se prevén en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que regula el régimen disciplinario de los empleados públicos en el Título VII. Tras haber realizado un estudio de todas las infracciones que la norma contempla, se puede afirmar que a pesar del gran número de infracciones que contempla, la conducta que de infracción del deber de abstención o la que sanciona el artículo 439 del Código penal difícilmente encaja literalmente en alguna de ellas⁴⁶⁶. A modo de ejemplo, resulta censurable que el artículo 95.2 en su apartado h) sancione la infracción de las normas de incompatibilidad y no incluya las de abstención dado que, como ya se ha señalado, éstas constituyen un conflicto de interés inminente. Otra infracción que tampoco se adecúa es la prevista en el apartado h del 95.2 EBEP, que alude a conductas que violen la imparcialidad sólo en supuestos de “procesos electorales”, lo que la convierte en difícil de aplicar a un supuesto de la realidad⁴⁶⁷. De hecho, este precepto es un claro ejemplo de que algunas de las infracciones previstas en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos están obsoletas y que no son útiles de cara a la lucha contra la corrupción administrativa. Es más, tras un análisis de todas ellas se puede afirmar que algunas de las conductas que constituyen atentados graves contra el principio de imparcialidad recogidos en el Código penal, difícilmente tendrían encaje entre las infracciones disciplinarias del EBEP⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 198 nota a pie 315.

⁴⁶⁶ Así lo indican FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 198.

⁴⁶⁷ Critica la alusión a “procesos electorales” que lleva a cabo la ley, MARINA JALVO, B. *El régimen disciplinario de los empleados públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra 2015, pág. 146.

⁴⁶⁸ Por su parte, para los funcionarios de la Administración civil del Estado si se prevé una pequeña posibilidad de aplicación sanción en caso de infracción del deber de abstención dado que todavía sigue estando vigente el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por RD 33 /1986, de 10 de enero que tipifica como infracción grave en su artículo 7.1 g)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

La infracción que mejor se adapta, pero no del todo, es la del apartado j) del artículo 95.2 que castiga “la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”⁴⁶⁹. En cualquier caso, lo verdaderamente cuestionable del Derecho disciplinario como sistema de control social sancionador capaz de disuadir las conductas objeto de análisis no es la imposibilidad de subsumirlas entre sus disposiciones legales, lo que constituiría un problema coyuntural que podría ser removido con facilidad a través de propuestas de *lege ferenda*. Lo verdaderamente problemático y lo que realmente convierte al Derecho disciplinario en un régimen inidóneo es el hecho de que el mismo no es de aplicación a los sujetos que criminológicamente más conductas dañosas cometen. A diferencia del concepto de amplio de funcionario del Derecho penal, el EBEP maneja el concepto restringido propio del Derecho administrativo. Así, su ámbito de aplicación, según el artículo 2 de esta ley, se limita a sujetos que tengan la categoría de funcionarios y personal laboral, lo que deja sin posibilidad de aplicar sus normas a las autoridades y cargos electos de la Administración local como alcaldes y concejales⁴⁷⁰. Por eso, hay autores como GIMENO FELIÚ que consideran que “la profesionalización es uno de los factores claves para promover la integridad” y evitar la politización de la Administración y proponen reducir al mínimo las funciones de estos sujetos políticos en el ámbito administrativo⁴⁷¹.

El hecho de que el ámbito personal de aplicación del EBEP se limite a los empleados públicos explica el tipo de sanciones que en el mismo se contemplan. Así, la sanción más grave con la que cuenta es la separación del servicio, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento y la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, pero también

“intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas”.

⁴⁶⁹ MARINA JALVO, B. *El régimen disciplinario*...cit. pág. 149. La autora considera que a través de este tipo se podrán sancionar las conductas de infracción del deber de abstención en las que se favorezcan posiciones personales, familiares o clientelares. Sin embargo, en la sentencia que utiliza como ejemplo el sujeto para ser castigado a través de ésta infracción ha reiterado durante dos años la misma conducta.

⁴⁷⁰ VILLORIA MENDIETA, M y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción”, en *Revista De estudios políticos*, nº 156, 2012, págs.13-47. En igual sentido, JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública”... cit. págs. 151-152. Datos también se corresponden con los asuntos sobre los que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el delito de negociaciones prohibidas en los que la mayoría son sujetos activos son alcaldes y concejales y raramente funcionarios de carrera o personal laboral. Excepto la STS de 17 de julio de 1998 (RJ 1998\5841) cuyos sujetos activos son arquitectos del ayuntamiento

⁴⁷¹ GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas...cit.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

incluye sanciones como el traslado forzoso, el demérito y el apercibimiento. Sin embargo, aunque hay voces que desde el Derecho penal han apuntado que las sanciones disciplinarias pueden ser de mayor gravedad que las dispuestas en el ámbito penal⁴⁷², lo cierto es que éstas van encaminadas a disuadir únicamente a sujetos cuya vinculación con la Administración pública es permanente. Así por ejemplo, la sanción más grave de la que dispone el derecho disciplinario, la separación definitiva del servicio, difícilmente podrá disuadir a sujetos que por ostentar un cargo de confianza o por ser un cargo electo su paso por la Administración es, en principio, de carácter temporal y limitado a la duración de la legislatura⁴⁷³.

Otra de las objeciones que se le puede hacer al Derecho disciplinario como mecanismo de disuasión es la escasísima frecuencia con la que se abren expedientes y lo poco habitual que resulta que alguien sea sancionado a través de este sector del ordenamiento. Es cierto que el éxito o fracaso de un medio de control de carácter sancionador no se mide por la cantidad de expedientes que se abren o por el número de sanciones impuestas, sino por la cantidad de conductas dañosas que disuade. Sin embargo, aunque carezcamos de datos empíricos sobre la eficacia disuasoria del derecho disciplinario, existen motivos de peso para pensar que el escaso número de expedientes disciplinarios no se debe a que los niveles de cumplimiento de la ley sean elevados, sino a la ausencia de imparcialidad e independencia de los órganos sancionadores⁴⁷⁴. En efecto, ya puede resultar sospechoso que haya sido calificado por la doctrina como un “poder interno o doméstico” o “potestad correctiva interna”⁴⁷⁵.

Los expertos en la materia revelan que el escaso uso que en la actualidad se hace por parte de las administraciones públicas de las potestades disciplinarias se debe básicamente a que la jerarquía en éstas, principio en el que se sustentaba antiguamente el

⁴⁷² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial...* cit. pág. 486.

⁴⁷³ Aunque lo cierto es que a menudo determinados cargos de confianza se acaban prorrogando indefinidamente.

⁴⁷⁴ Sobre la necesidad de que las sanciones sean impuestas por un cuerpo independiente: VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies...”cit. pág. 96-97; MATARELLA, B.G. “The conflicts of interests...”cit. pág. 35; GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas...”cit

⁴⁷⁵ Así, hay quien opina que esta es una modalidad especial de potestad sancionadora pero que se ajusta en peor medida a los principios del *ius puniendi*. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho administrativo*. cit. pág. 306. Sin embargo, indica RANDO CASERMEIRO resulta dudoso que el argumento de que se trata de una “potestad sancionadora doméstica” pueda erigirse como fundamento válido para recortar la aplicación de los principios fundamentales del derecho punitivo del Estado. RANDO CASERMEIRO, P. “Derecho penal de la Administración pública y potestad disciplinaria de las administraciones públicas”, en POLAINO NAVARRETE, MIGUEL (Director): *Derecho penal de la Administración Pública*. Edición Digital @tres. Sevilla. 2012. pág. 66.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

derecho disciplinario como poder de corrección de subordinados, ha dejado de ser tan fuerte como antaño, existiendo entre superiores e inferiores una relación más próxima a la de camaradería⁴⁷⁶. Por eso, raramente se va a iniciar un procedimiento a un subordinado si el órgano competente para hacerlo es un órgano superior⁴⁷⁷. Además, en el caso de que se inicie, suele ser habitual que el sujeto sea un trabajador de escasa jerarquía, siendo muy difícil abrir un expediente a un sujeto que ocupa un puesto elevado en el organigrama administrativo⁴⁷⁸. En el ámbito de la contratación pública, MADARIAGA VENEGAS indica que muchas de las irregularidades más graves las cometen los órganos de contratación o los funcionarios técnicos sometidos a presiones de órganos políticos y se plantea “¿Quién en este caso va a abrir un expediente disciplinario contra sí mismo o contra un subordinado?”⁴⁷⁹. Teniendo en cuenta lo politizados que suelen estar los órganos administrativos así como las estrechas relaciones personales que se dan en la Administración, existen elevadas dudas sobre la capacidad del derecho disciplinario de sancionar con independencia conductas relacionadas con la corrupción.

Analizados los regímenes sancionadores previstos en el derecho administrativo tanto para autoridades como para empleados públicos resulta cuestionable que las figuras del alcalde y otras autoridades a nivel local no puedan ser sancionadas a través de ninguno de los mecanismos legislativos dispuestos a tal efecto, siendo criminológicamente los sujetos que más infracciones cometen. En segundo lugar, resulta igualmente censurable el hecho de que los órganos sancionadores administrativos estén tan politizados, no existiendo en ninguna de las administraciones del Estado órganos independientes capaces de imponer sanciones creíbles, lo que da lugar a que la institución pública como órgano sancionador de las conductas que cometen sus empleados carezca de todo poder disuasorio, siendo la responsabilidad política la única existente.

Por ello, la doctrina apunta a que este es el verdadero reto del sistema español contra los conflictos de interés, asegurar efectivamente que todo aquel que los viola sea castigado⁴⁸⁰. Este aspecto marca una gran distancia con respecto al ordenamiento francés,

⁴⁷⁶ PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo. Vol II...*cit., pág. 550.

⁴⁷⁷ También se puede llevar a cabo mediante denuncia de los particulares pág. 586 pero esto será lo menos habitual.

⁴⁷⁸ MADARIAGA VENEGAS, A.F. “Algunas propuestas...”cit.

⁴⁷⁹ MADARIAGA VENEGAS, A.F. “Algunas propuestas...”cit. Por eso, considera necesario un régimen sancionador ajeno al derecho disciplinario en materia de contratación pública.

⁴⁸⁰ VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies...”cit. pág. 89-90

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

con el que España comparte una misma cultura administrativa, pero cuyo sistema pone en práctica eficazmente sus dos vertientes sancionadoras, la administrativa y la penal, aunque con un indudable protagonismo de ésta última. En las antípodas de la evitación de los conflictos de interés, se encuentran los sistemas de origen anglosajón⁴⁸¹, que incluyen, además de un marco legal efectivo como los códigos de conducta basados en valores éticos y democráticos, un sistema de sanciones eficaz y rápido aplicable a todos los sujetos que ejercen la función pública, controlado por inspectores independientes a través también de instrumentos de detección e investigación como los canales de denuncia interna *whistleblower hotlines*⁴⁸². La experiencia anglosajona demuestra que una mejora del sistema administrativo daría lugar a que menos casos tuvieran que llegar al Derecho penal pero también a que éste como medio de control social funcionara más eficazmente, pues aumentarían las posibilidades de detección y de visibilidad de las conductas delictivas a través de la labor de control ejercida por parte de los órganos administrativos⁴⁸³.

En definitiva, un análisis realista del sistema ha servido para poner de manifiesto la inexistencia de un régimen sancionador idóneo en el ordenamiento jurídico español que disuada los comportamientos identificados en la fragmentariedad, por lo que me veo obligada a afirmar la necesidad de acudir al siguiente nivel en la escala del control social correspondiente al Derecho penal.

2.4.1.4 Conclusión

Tras el análisis sobre controles previos al Derecho penal se ha podido comprobar que ni desde el sector de la contratación pública ni desde el resto del ordenamiento se han logrado articular normas que eviten los conflictos de intereses y que garanticen sólidamente un nivel deseable de imparcialidad en la actuación administrativa. El problema fundamental se basa a menudo en la contemplación legal de una serie de principios que, al no ser dotados de mecanismos suficientes para que sean respetados,

⁴⁸¹ MARIQUE, Y. "Integrity in English and French Public Contracts..."cit. pág. 86.

⁴⁸² VILLORIA MENDIETA, M. "Conflicts of interest policies..."cit. pág. 89-90. Aunque, como apunta NIETO MARTÍN, lo cierto es que un problema que tienen los *public compliance programmes* es que, a diferencia de las empresas privadas, la Administración pública carece de incentivos suficiente para descubrir e investigar sus propias infracciones. Vid. "De la Ética Pública al Public Compliance..."cit. pág. 30.

⁴⁸³ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...*cit. pag 288.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

acaban siendo meramente declarativos, como sucede con frecuencia con los de publicidad y transparencia.

Sin embargo, aunque la legislación administrativa exclusivamente preventiva tiene un amplio margen de mejora, lo cierto es que hay que afirmar que igualmente requeriría ser refrendada por consecuencias jurídicas sancionadoras más allá de una posible declaración de invalidez o anulación del acto administrativo sobre el que recae la actuación ilegal⁴⁸⁴. Es decir, la conciencia individual del sujeto público no puede ser lo único que lo disuade de llevar a cabo actuaciones que mezclan intereses públicos con privados. Incluso autores estadounidenses, cuyos sistemas de prevención son muy eficaces en la evitación de comportamientos corruptos, han señalado que aunque existan amplios controles internos y auditorías, recursos por parte de los licitadores etc. (*checks and balance*) se requiere un sistema de sanciones creíble aplicable a la violación de reglas⁴⁸⁵. En este sentido, tiene razón HEFENDEHL cuando afirma que aunque se estableciera una prevención técnica muy completa para los delitos contra la Administración pública quedan considerables lagunas, que sencillamente no legitiman la sustracción del bien jurídico de la intervención del *ius puniendi*⁴⁸⁶. Por tanto, se puede negar que una mejora de las medidas puramente preventivas haga inútil la necesidad de imponer algún tipo de sanción. La existencia de medidas preventivas eficaces no convierte en innecesaria una intervención sancionadora, lo que se puede extrapolar a cualquier delito, no sólo aquellos que tienen lugar en el ámbito de la institución pública. Se ha demostrado que un control administrativo más férreo sobre la tenencia de armas de

⁴⁸⁴ MARIQUE, Y. "Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures? VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Massachusetts, 2014, pág. 110; WARE, G.T; MOSS, S; CAMPOS, E; NOONE, G.P. "Corruption in procurement" cit. pág. 69; NIETO MARTÍN, A." De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas" en (NIETO MARTÍN, A Y MAROTO CALATAYUD, M. Dir) *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. De la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2014, pág. 37; MATARELLA, B.G. "The conflicts of interests..."cit. pág. 35; GIMENO FELIÚ, J.M. "Decálogo de Reglas..."cit. VILLORIA MENDIETA, M. "Conflicts of interest policies..."cit. págs.. 96-97.

⁴⁸⁵ Lo que los anglosajones denominan "disuasión moral", no es lo único que puede instaurarse en un sistema para que funcione sino que debe ser reforzadas con sanciones impuestas por organismos independientes. ROSE-ACKERMANN, S. "corruption and conflicts of interest"...cit. pág. 4; En el mismo sentido BRAITHWAITE sobre los programas de cumplimiento, que considera que por muy bien que funcionen requieren que su eficacia se vea aumentada por la imposición de un castigo Vid. BRAITHWAITE, J. "White collar crime", en *Annual Review of Sociology*. Vol 11(1985), págs. 1-25.

⁴⁸⁶ HEFENDEHL, R. "Churras y merinas"...cit. pág. 104.

fuego es muy efectivo en la reducción de este tipo de homicidio⁴⁸⁷. Sin embargo, nadie se plantea por ello que esta conducta no deba ser castigada.

Constatada la necesidad de imponer sanciones, el primer paso ha sido comprobar de cuáles dispone el Derecho administrativo. Tras un repaso por dicho ordenamiento jurídico se ha llegado a la conclusión de que prácticamente el único mecanismo sancionador de las conductas que prevé el tipo delictivo de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos se encuentra en el Derecho disciplinario. Sin embargo, este adolece principalmente de dos problemas que lo convierten en un régimen inidóneo para llevar a cabo dicha tarea. El primero es que el Estatuto Básico del Empleado Público prevé sanciones únicamente para sujetos que tienen administrativamente la condición de empleado público. Esto significa que quedan fuera de este régimen los sujetos que criminológicamente más delitos cometen contra la función pública, los alcaldes y concejales en el ámbito de la Administración local, que ostentan el carácter de autoridad y quedan fuera del EBEP. El segundo de ellos es que el Derecho disciplinario, como potestad interna de la Administración pública, tal y como está configurado en el ordenamiento jurídico español no es un régimen sancionador independiente capaz de imponer sanciones creíbles e imparciales.

2.4.2 Análisis del nivel interno de la subsidiariedad; eficacia del Derecho penal

2.4.2.1 Análisis sobre la idoneidad del Derecho penal

Una vez confirmada la inexistencia de un régimen sancionador que disuada las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ámbito administrativo se puede afirmar que el único medio de control social que parece llevar a cabo dicha tarea es el Derecho penal. Sin embargo, el hecho de que éste sea el único medio de control social que castiga una determinada conducta no significa que sea una situación deseable desde el punto de vista del principio que se analiza. El principio de subsidiariedad obliga a que este medio sancionador no se emplee, al margen de su eficacia, por el mero hecho de que otros medios de intervención hayan fracasado en su objetivo. De modo que, aunque otras medidas punitivas no sean aptas para cumplir los

⁴⁸⁷ ZIMRING, F. "Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killings?" *The University of Chicago Law Review*. N° 35.4 (1968), págs. 721-737.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

objetivos propuestos, no significa que podamos acudir directamente a la *ultima ratio* sin antes evaluar su idoneidad para cumplir los fines propuestos.

Puesto que estamos hablando de la eficacia a la hora de reprimir una conducta, el grado de éxito de un régimen sancionador, en nuestro caso el Derecho penal, se suele medir en base al grado de cumplimiento de los fines de la pena, especialmente el de prevención, a través de la disuasión de comportamientos lesivos para el bien jurídico⁴⁸⁸. Esta tarea la lleva a cabo este medio de control social a través de la “motivación”, esto es, a través del establecimiento de pautas de conducta cuyo incumplimiento da lugar a una pena⁴⁸⁹. La disuasión o prevención tiene dos vertientes, la intimidatoria o negativa, que es aquella que disuade de la comisión de conductas dañosas a posibles delincuentes y la general o integradora que es la reacción penal de confianza por parte de la población en la vigencia de la norma quebrantada, pero ninguna de las dos funciona si no se aplica una sanción penal cuando se infringe la norma⁴⁹⁰. De modo que habrá que analizar si el 439 del Código penal, delito que recoge las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos identificadas, se aplica. Es decir, si es eficaz y efectivo.

Para poder afirmar que una norma penal cumple con los objetivos de disuasión propuestos habrá que acudir a los datos empíricos existentes en la materia. Y es aquí donde el Derecho penal empieza a encontrar las primeras dificultades para ser considerado un medio idóneo. A pesar de que el efecto disuasorio del Derecho penal está asentado en el imaginario dogmático, el mismo está siendo cuestionado por estudios de carácter empíricos que demuestran que si existe, es menor de lo esperado. Estos estudios han dado lugar a que desde el mundo anglosajón se hayan alzado voces como la de ROBINSON, quien sustenta la idea de que si los ciudadanos obedecen la ley no es porque sientan miedo ante la posibilidad de imposición de una sanción, sino porque coincide con valoraciones de justicia comúnmente aceptadas en la comunidad⁴⁹¹. Sin embargo, aunque la afirmación del autor americano sea cierta y así lo refrenden cada vez más estudios empíricos, lo cierto es que la función disuasoria de la pena no es incompatible con el

⁴⁸⁸ Lo que no significa que a través de la imposición de una pena se puedan perseguir otros fines.

⁴⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación...* cit. pág. 384. En igual sentido PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 264.

⁴⁹⁰ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pag. 264.

⁴⁹¹ ROBINSON, P. H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quien debe sancionarse y en qué medida*. Marcial Pons. Madrid. 2012.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

hecho de que ésta sea cumplida en mayor medida si atiende a criterios de justicia comúnmente aceptados por la sociedad. La tesis que sostiene el autor no es incompatible con el hecho de que el fin de un sistema penal, como el de cualquier otro sistema sancionador, sea el de evitar ataques contra bienes jurídicos a través de la disuasión de comportamientos que se consideran dañosos. Por ello, ROBINSON no niega que la disuasión deba constituirse como fin del Derecho penal como medio de control social, sino que afirma que es inefectiva como guía para la distribución de la responsabilidad y de la pena dentro de ese sistema. Como él mismo declara, la disuasión puede ser una buena finalidad para justificar la *institución* de la pena, pero es un mal principio para su *distribución*⁴⁹². De hecho, los estudios empíricos a los que alude el autor norteamericano demuestran el mayor o menor efecto disuasorio de una norma penal, pero ninguno lo niega⁴⁹³. Esto se debe a que el hecho de que el Derecho penal disuade es una presunción de sentido común⁴⁹⁴.

Ahora bien, si la hipótesis disuasoria del Derecho penal se sustenta es precisamente porque se apoya en la existencia de un sujeto racional que con carácter previo a la comisión de una conducta delictiva lleva a cabo un análisis económico a través de las variables de coste y beneficio. Sin embargo, los estudios que cita ROBINSON y en los que basa su tesis revelan que existen determinados factores que afectan al autor, como estar demasiado intoxicado, mentalmente enfermo, tener miedo, estar enfadado, estar sometido a presiones grupales, etc. que impiden o disminuyen la realización de un análisis coste-beneficio acertado. Sin embargo, estos factores inciden a menudo sobre un modelo de delincuente, el clásico, cuyo análisis previo a la comisión de un delito es, con total seguridad, menos certero del que llevaría a cabo un delincuente de cuello blanco⁴⁹⁵. Las circunstancias que este autor expone difícilmente juegan un papel en el delincuente económico o corrupto, dado que en estos casos el sujeto desconoce la ley o lleva a cabo conductas motivadas por impulsos o a causa de la embriaguez⁴⁹⁶. Al contrario, se trata de

⁴⁹² ROBINSON, P. H. *Principios distributivos*...cit. pág. 115.

⁴⁹³ ROBINSON, P. H. *Principios distributivos*...cit. págs. 81-82.

⁴⁹⁴ Que a falta de datos empíricos relativo a la eficacia de otros sectores, ha otorgado al legislador “carta blanca” para recurrir a la pena. PRIETO DEL PINO, A.M. “Los contenidos de racionalidad...”cit. pág. 304.

⁴⁹⁵ ROBINSON, P. H. *Principios distributivos*...cit. pág. 78.

⁴⁹⁶ ROBINSON, P. H. *Principios distributivos*...cit. págs. 88-99. Así, por ejemplo, es difícil que en el caso del deber de abstención pueda prosperar un error de derecho. FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 199.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

un sujeto codicioso que persigue la maximización de la utilidad⁴⁹⁷. De hecho, se puede considerar que es el mejor ejemplo de delincuente como *homo oeconomicus*⁴⁹⁸.

Descartado el hecho de que se haya demostrado empíricamente la ineficacia del Derecho penal para disuadir comportamientos dañosos lo que sí parece ampliamente demostrado criminológicamente, hasta el punto de que puede considerarse como una máxima en éste ámbito, es que los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción no provocan una reacción disuasoria tan elevada como el aumento en la probabilidad de ser sancionado⁴⁹⁹. Es decir, una mayor probabilidad de ser sancionado disuade más que la imposición de una pena elevada. Por este motivo, para que la existencia del Derecho penal funcione como factor de decisión en la elección personal de cometer un delito, ROBINSON exige que se den tres factores; que el delincuente potencial conozca y entienda directa o indirectamente las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle, que haga uso de su conocimiento en el momento de adoptar una decisión y que haga un análisis coste-beneficios cuyo saldo le sea favorable a optar por el cumplimiento de la ley⁵⁰⁰. Esto exige la existencia de una regla conocida, un sujeto racional capaz de calcular costes-beneficios y una sanción suficientemente severa, pero sobre todo certera, que intimide al sujeto.

Expuestas las reglas de la disuasión, hay varios aspectos que convierten el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, tal como está configurado en el artículo 439 del Código penal, en un tipo incapaz de cumplir dicha función⁵⁰¹. En primer lugar, aunque el posible autor es un sujeto racional capaz de llevar a cabo un análisis económico acertado, la letra del precepto, demasiado confusa, no permite un fácil acceso a la conducta típica sancionada, lo que impide que el sujeto se motive por la misma, así

⁴⁹⁷ ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos...*cit. pág. 2.

⁴⁹⁸ Esto, lo revela el propio ROBINSON, que considera que cabrá esperar más nivel de disuasión por parte de delincuente, como los de cuello blanco, más racionales ROBINSON, P.H. y DARLEY, J. M. “*The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best*”, en *The Georgetown Law Journal*, 2003, págs.949-1002, pág. 956.

⁴⁹⁹ Que la certeza en la sanción disuade más que la severidad en la pena se ha convertido en una máxima criminológica reiterada por muchos estudios empíricos. Cabe citar los siguientes: DONOHUE, J. “Economic Models of Crime and Punishment”, en *Social Research*, 74, nº2, 2007, págs. 379-412; ROSS, H.L. “Law, science and accidents: The British Road Safety Act of 1967”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, enero 1973, págs. 1-78; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación...* cit. pág. 39.

⁵⁰⁰ ROBINSON, P. H. *Principios distributivos...*cit. pág. 54.

⁵⁰¹ Expone algunas de ellas JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública”... cit. págs.. 150-157.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

como su correcta aplicación por parte de los tribunales⁵⁰². En segundo lugar, la posibilidad de recibir un castigo penal a través del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es bastante reducida, casi imposible durante mucho tiempo. Esto se debe a varios motivos, entre ellos, la elevada cifra negra de los delitos de corrupción⁵⁰³, la dificultad a la hora de detectar este tipo de conductas⁵⁰⁴, los problemas probatorios⁵⁰⁵, etc. Ha contribuido también a la ineficacia del tipo penal, el hecho de que los tribunales hayan desviado la sanción al ámbito del Derecho administrativo donde, como ya se ha señalado, no existen mecanismos eficaces para dar una respuesta adecuada⁵⁰⁶. Asimismo, los requisitos típicos que exigía la ley vigente anterior a 2010 impedían la aplicación del artículo 439, situación que todavía perdura.

Sin embargo, a pesar de los problemas expuestos, no se puede afirmar automáticamente el fracaso del Derecho penal como medio de control social. Aunque se pueda decir que el artículo 439 no está funcionando en la práctica, lo cierto es que todas las razones de su fracaso obedecen a razones coyunturales provocadas por una mala redacción del precepto o interpretaciones judiciales inadecuadas⁵⁰⁷. En definitiva, de obstáculos que pueden ser eliminados con facilidad a través de interpretaciones de *lege*

⁵⁰² Como ha puesto de manifiesto algún autor, deslindar la conducta típica no es una tarea fácil pues la tipificación diluye los términos de descripción hasta hacer difícilmente comprensible el comportamiento y prácticamente inaplicable el tipo penal. POLAINO NAVARRETE “Lecciones de Derecho penal Parte Especial “tomo II. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 358. En igual sentido SANCINETTI, M. A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. 1986(9) N°33 a 36, pág. 72.

⁵⁰³ Muestra la elevada cifra negra de la corrupción. ZIMRING, F, JOHONSON, D.T. “On the comparative study of corruption”, en *British journal of Criminology*, nov 2005, 45(6), pág. 802.

⁵⁰⁴ Dado que tienen lugar durante el funcionamiento normal de la actuación administrativa y la transparencia u otras formas de detección no siempre funcionan

⁵⁰⁵ Sin embargo, como se expondrá en el apartado relativo a la prueba del dolo, las dificultades probatorias a las que suele aludir la doctrina a menudo están sobrevaloradas. De hecho, como se pondrá de manifiesto a lo largo del capítulo III, las dificultades probatorias pueden ser superadas con una adecuada interpretación del tipo.

⁵⁰⁶ Así, JAREÑO LEAL pone de manifiesto que es precisamente en el ámbito de la Administración local, donde mayor incidencia tiene la corrupción en la contratación pública, donde más desviaciones a la “sanción administrativa”. Vid. “La corrupción en la contratación pública”... cit. págs. 150-157. Sin embargo, como apunta la autora, esta posición jurisprudencial está cambiando con la crisis y el aumento de la conciencia social de jueces y magistrados sobre el problema de la corrupción. Vid. JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. (VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.; TEJEDOR BIELSA, J. Dirs) Atelier. Barcelona.2015, pág 529.

⁵⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, M. señala que la ineficacia del Derecho penal se esgrime a menudo, aunque a veces los problemas que se le pueden achacar obedecen a ciertos inconvenientes del sistema judicial y procesal como por ejemplo, que los aplicadores tengan una buena técnica CORCOY BIDASOLO, M. “Expansión del Derecho penal. ...cit. En igual sentido, PRIETO DEL PINO, A.M. subraya que a menudo cuando se afirma la inidoneidad del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador para reprimir una conducta, la misma solo puede predicarse respecto a un precepto concreto o de las interpretaciones que sobre el mismo se hacen. Vid. *El Derecho penal ante el uso*...cit. pág. 263.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

lata o propuestas de *lege ferenda*, que se llevarán a cabo cuando se analice el tipo penal. En cualquier caso, su principal ventaja y lo que lo convierte en el único medio idóneo para la disuasión de conductas dañosas es que, a diferencia de los medios sancionadores antes vistos, es capaz de imponer sanciones creíbles e independientes.

2.4.2.2 Nivel e intensidad de la violencia punitiva estatal necesaria

Una vez expuesta la idea de que el Derecho penal funciona o que, al menos, podría funcionar adecuadamente con una serie de mejoras, hay que plantearse qué nivel de intensidad en la violencia estatal punitiva es necesaria para disuadir la comisión de conductas identificadas como dañosas⁵⁰⁸. En su vertiente interna, el principio de subsidiariedad no sólo evita que un medio de control social sancione una conducta cuando existe otro que puede conseguir un efecto similar a un menor coste, sino también obliga a prescindir de una sanción más gravosa en favor de otra que lo sea en menor medida siempre que quepa esperar efectos preventivos similares⁵⁰⁹. Como apunta LUZÓN PEÑA “también debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales”⁵¹⁰. Por consiguiente, en este nivel de análisis habrá que plantearse si es necesario acudir a una pena privativa de libertad o es suficiente para disuadir con una sanción pecuniaria o privación de derechos, etc. De nuevo, para poder llevar a cabo un pronunciamiento acertado sobre el tema habrá que acudir en la medida de lo posible a estudios empíricos en la materia y, en su ausencia, al sentido común y a experiencias legislativas extranjeras.

Como se ha apuntado previamente, las dificultades en la detección de la conducta dan lugar a la escasa probabilidad de aplicación de un castigo, lo que obliga a que la sanción sea severa si se quiere mantener un nivel óptimo de disuasión. Así habrá que plantearse si llegan a cumplir dicha necesidad disuasoria las principales opciones penológicas de las que dispone el Derecho penal.

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con la delincuencia económica, donde la inhabilitación profesional tiene según los expertos una gran capacidad

⁵⁰⁸ Como indica RANDO CASERMEIRO a diferencia del proceder habitual con respecto a este principio, esta discusión debe tener lugar antes de decidir qué derecho punitivo estatal es preferible. Vid....Pág. 382-283. Sin embargo, en nuestro esta discusión se lleva a cabo con posterioridad debido a que no ha habido necesidad de ponderar entre diferentes alternativas sancionadoras.

⁵⁰⁹ GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...*cit. pág. 339.

⁵¹⁰ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones...*cit. pág. 22.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

disuasoria⁵¹¹, en la corrupción dicha sanción no tiene los mismos efectos preventivos. Esto se debe, como ya se ha señalado anteriormente, a que el sujeto típico que más conductas dañosas comete criminológicamente hablando ostenta el rango de autoridad y su paso por la institución se limita en principio a la duración de la legislatura⁵¹². Por tanto, una medida orientada a apartar al sujeto de la función pública con carácter definitivo difícilmente puede disuadir a individuos cuyo paso por la misma es temporal.

En segundo lugar, podemos plantearnos el efecto intimidatorio que produce la multa. No obstante, su efecto intimidatorio para delincuentes económicos o de cuello blanco también ha sido cuestionado por su eficacia limitada en sujetos que ocupan puestos de responsabilidad en empresas o en la Administración pública⁵¹³. Es difícil de pensar que la pena cumpla su función intimidatoria en individuos que, por lo general, gozan de una gran capacidad económica. Por ello, todo parece indicar que si verdaderamente se pretende desincentivar la conductas de corrupción tan graves como las expuestas hay que recurrir a la privación de libertad, y en concreto, a la pena de prisión⁵¹⁴. Esto se debe a que la amenaza de ésta se presenta como una medida intimidatoria idónea para sujetos que tienen un cierto status social, poder y una imagen importante ya que, a diferencia de la pena de multa, la disuasión que se lleva a cabo a través de la prisión conlleva un efecto vergonzante mucho mayor. Los efectos estigmatizadores que lleva aparejados la pena de prisión es un factor importante a tener en cuenta dado que los casos de corrupción suelen captar el interés de la prensa incluso aunque se trate de sucesos a nivel local⁵¹⁵.

⁵¹¹ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 295; PASTOR MUÑOZ, N. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, en *Indret*, nº 4 (2006), págs. 1-16. Siempre que el penado no pueda utilizar un testaferrero que actúe en su nombre. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Sistema penal y Criminalidad internacional” en VVAA. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (ARROYO ZAPATERO, L y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. Coord.) Vol 1. Ed Universidad de Castilla la Mancha. Salamanca.2001, pág. 769.

⁵¹² Lo cual no significa que por motivos de prevención especial no sea aconsejable en estos casos imponer el apartamiento de la función pública como pena principal acumulativa o pena accesorio.

⁵¹³ PRIETO DEL PINO, A.M. *El Derecho penal ante el uso...* cit. pág. 275.

⁵¹⁴ Así, IVANCEVICH, J.M.; DUENING, T.; GILBERT, J.A.; KONOPASKE, R. “Deterring white collar crime”, en *Academy of Management Executive*, vol. 17, No. 2, mayo, 2003, págs. 114- 127. Para estos autores, la delincuencia de cuello blanco debe ser castigada a través de penas de prisión reales de duración moderada pero de cumplimiento en régimen ordinario y no en “Feds Clubs” que son unas prisiones que mantienen un régimen menos severo. Sobre la importancia de las penas difamantes para los casos de delincuencia de cuello blanco Vid. KAHAN, D.M. y POSNER, E.A.: “Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 42, o abril 1999, págs. 365-392.

⁵¹⁵ Sobre la importancia de las penas difamantes para los casos de delincuencia de cuello blanco Vid. KAHAN, D.M. y POSNER, E.A.: “Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 42, o. abril 1999, págs. 365-392.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

De hecho, si la pena de prisión no ha funcionado hasta ahora como debería, no se debe a que no produzca un efecto intimidatorio en los sujetos, sino a que están operando determinados factores como la dificultad en la detección de los mismos por parte del sistema penal o la benevolencia de los jueces con ellos que impiden que dicho efecto sean desplegado. Sin embargo, como advierte HENNING esto, más que ser un argumento para descartar la pena de prisión debe servir a los jueces sobre la necesidad de imponer un castigo en estos casos⁵¹⁶. Aunque la experiencia legislativa de otros países de nuestro entorno no pueda funcionar como una prueba irrefutable de lo acertado o no de una determinada decisión legislativa, debido a lo global del fenómeno de expansión penal en el que nos encontramos inmersos, lo cierto es que saber con qué pena afrontan otros ordenamientos de nuestro entorno las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos puede servir a modo de guía. Dicho esto, un repaso por los Códigos penales de países con una tradición jurídica relativamente cercana y con una cultura administrativa similar suelen contemplar, junto con otras, la pena de prisión entre sus sanciones imponibles a las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Así sucede, por ejemplo, en Francia, Italia y algunos países latinoamericanos⁵¹⁷.

En definitiva, una vez llevado a cabo el análisis de subsidiariedad se puede afirmar que las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos delimitadas por la fragmentariedad pueden ser legítimamente sancionadas a través del Derecho penal dado que las mismas requieren de un castigo en caso de incumplimiento voluntario de la norma y dicho medio de control social se ha mostrado como idóneo a pesar de que el tipo penal concretamente tipificado por el Código penal adolece de una serie de problemas que le impiden llevar a cabo correctamente su función intimidatoria. Sin embargo, como se ha podido comprobar, dichos impedimentos no son inherentes al Derecho penal como medio de control social, sino que se trata de cuestiones coyunturales que pueden ser eliminadas a través de propuestas interpretativas o modificativas del tipo delictivo concreto. Finalmente, también se ha llegado a la conclusión de que de entre

⁵¹⁶ HENNING, P. Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Defendants? , en *61Wayne Law Review*. N°27 (2015).

⁵¹⁷ Se muestra en contra de que el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos contemple una pena de prisión tan elevada JAREÑO LEAL debido a que, según la autora, esta es una de las razones que están dando lugar a que los jueces desvíen esta conducta tan a menudo a la sanción administrativa. Vid. “La corrupción en la contratación pública”...cit. pág. 156. En cualquier caso, este es un motivo coyuntural que igualmente puede ser eliminado con una adecuada interiorización por parte de los jueces de la gravedad de la conducta.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

todas las penas previstas por el Derecho penal las conductas de negociaciones prohibidas pueden ser efectivamente sancionadas a través de la pena de prisión. La necesidad de acudir a la pena más disuasoria de la que dispone el ordenamiento jurídico se debe a las escasas probabilidades de ser castigado que tiene el sujeto, a la importancia que para disuadir a este tipo de delincuentes adquiere el efecto difamatorio, así como al fracaso disuasorio de penas como la suspensión de empleo o cargo público o la multa.

CAPÍTULO 3: EL TIPO OBJETIVO Y
SUBJETIVO DEL DELITO DE
NEGOCIACIONES PROHIBIDAS DEL 439 DEL
CÓDIGO PENAL



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO 3: EL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS DEL 439 DEL CÓDIGO PENAL

3.1 Introducción

El trabajo previamente realizado me ha permitido afirmar que la prohibición penal de la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es legítima. Además, a lo largo del análisis de fragmentariedad he acotado los límites mínimo y máximo de la intervención penal desde una perspectiva de *lege ferenda*, identificando los supuestos que conllevan un mayor desvalor de acción y de resultado. El siguiente paso lógico es comprobar si el tipo del artículo 439 responde a las necesidades políticocriminales previamente descritas, determinando si el legislador penal ha ido más allá de lo que los principios de la intervención penal le autorizaban o si, por el contrario, su concreta tipificación no abarca todo el área de punibilidad permitida y realiza una protección deficiente del bien jurídico. Para ello analizaré de forma exhaustiva el tipo objetivo y subjetivo de esta figura delictiva.

Pero antes de afrontar el análisis dogmático procederé a repasar los antecedentes legislativos del precepto penal. El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios es uno de los delitos de corrupción más antiguos del Código penal, lo que significa que su incorporación al ordenamiento no obedece a recientes demandas de punibilidad o a nuevas modalidades comisivas que hayan requerido una adaptación de la legislación a la realidad social, sino que recoge abusos del cargo por parte de sujetos que ejercen la función pública identificados como dañinos desde siempre. A pesar de ello, como ya se ha señalado, esta figura delictiva ha sido escasamente investigada por la doctrina y tampoco ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestros tribunales, lo cual demuestra que existe un desfase claro entre la importancia que le ha otorgado el legislador a lo largo de los años y la atención que ha suscitado por parte de los operadores jurídicos. Si el análisis histórico y legislativo de figuras delictivas ampliamente asentadas en la doctrina constituye una valiosa ayuda de cara a la interpretación del tipo penal⁵¹⁸, se convierte en fundamental en tipos que, como el delito de negociaciones prohibidas a

⁵¹⁸ No hay que olvidar que el criterio histórico es uno más junto con el resto de criterios que establece el artículo 3.1 del Código civil para la interpretación de las normas jurídicas.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

los funcionarios públicos, no se encuentran tan asentados en el imaginario dogmático y jurisprudencial.

Uno de los motivos por los que su aplicabilidad práctica y su eficacia disuasoria han sido nulas en comparación con otros delitos contra la Administración pública ha sido la deficiente técnica legislativa de la que adolece el tipo penal. El texto vigente del precepto, fruto en su mayor parte de la redacción introducida en 1995, además de atentar contra el principio de taxatividad penal⁵¹⁹, obliga a hacer un esfuerzo interpretativo de considerables dimensiones para poder descifrar la conducta típica. Por ello, es un buen ejemplo de que no siempre en cada nueva reforma se dota al texto de mayores niveles de claridad y adecuación a la realidad social que trata de regular.

3.2 Evolución histórica

El origen histórico del actual 439 del Código penal se remonta al artículo 479 del primer Código penal español, el de 1822⁵²⁰. La figura se recogía en el Título VI del Capítulo V denominado “De los funcionarios públicos que ejercen negociaciones o contraen obligaciones incompatibles con su destino”. El delito se recogía en un precepto muy extenso y prolijo en el que mezclaba la figura de fraude y la de exacciones ilegales con otra consistente en interesarse en un negocio en el que se tuviera deber de intervenir⁵²¹. La redacción y ubicación del delito sufrió una profunda modificación en el

⁵¹⁹ Sobre la importancia de la técnica legislativa para el cumplimiento material del principio de legalidad y, en concreto, la taxatividad Vid. NAVARRO FRÍAS, I. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Comares. Granada, 2010. Esta autora considera que para la eficacia de la norma es necesaria una buena técnica legislativa que reduzca las duplicidades, la casuística, las contradicciones..., lo que precisamente no sucede en el delito objeto de estudio.

⁵²⁰ Por el parecido con su actual redacción la doctrina mayoritaria considera que el origen de este precepto hay que situarlo en el 479 del Código penal de 1822 y posterior 401 del Código penal de 1973. Así DELGADO GI, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*cit. pág. 79, JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 24; MIR PUIG, S “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 318; PALOMO DEL ARCO, A. “Negociaciones prohibidas”...cit. pág. 248; SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* nº 39, 1986, pág. 877; CATALÁN SENDER, J. “Los delitos cometidos por autoridades...”cit. pág. 300-301. Así también la jurisprudencia STS 348/1998, de 11 de marzo (RJ1998\2748); STS 372/1998, de 9 de diciembre (RJ 1998\10329); STS 1887/2002, de 13 de noviembre, (RJ 2002\10085); STS 1823/2000, de 27 de noviembre, (RJ 2000\9749). No obstante, hay otro tipo penal denominado “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos” previsto en el artículo 404 del Código penal de 1973, que hace referencia a involucrarse en operaciones de “agio, tráfico o granjería” pero que no constituye en realidad el antecedente del actual 439.

⁵²¹ Su redacción era la siguiente: “Cualquier funcionario público ó comisionado en nombre del Gobierno, que ó abiertamente, ó por medio de algún acto simulado, ó por interpuesta persona, tome para sí en todo ó parte finca o efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, depósito ó administración intervenga en aquel acto por razón de su cargo ú oficio, ó bien entre á la parte en alguna

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Código penal de 1848, dando lugar el 479 a dos tipos penales, uno de fraude (artículo 323) y otro consistente en intervenir en un asunto persiguiendo un interés (artículo 324), antecedente del actual tipo de negociaciones prohibidas. Estos dos preceptos se ubicaron en el Capítulo XV titulado “fraudes y exacciones ilegales”. El segundo de ellos, antecedente del actual artículo 439 del Código penal, rezaba así:

“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio”.

La ubicación de este precepto en el capítulo dedicado a los fraudes y exacciones ilegales se mantuvo con pequeñas variaciones hasta el Código penal de 1995⁵²². No obstante, dicha regulación conjunta fue cuestionada por la doctrina. Así, VIADA escribía que “este delito es ciertamente menos grave que el anterior. Aquí no existe el ánimo de defraudar al Estado; aquí no hace falta más que infringir una prohibición: la de interesarse directa o indirectamente en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. No existe, pues, fraude alguno en este hecho, pero existe sí la posibilidad de que se cometa, o cuando menos de que el empleado posponga el interés del Estado al suyo propio⁵²³”. Por su parte, PACHECO sugería que es la gravedad de las conductas de negociaciones lo que hace que el legislador las haya equiparado al fraude. Por eso considera que “si es un gravísimo delito el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública, delito grave es también el de convertirse

negociación ó especulación de lucro ó interés personal relativas á las mismas fincas o efectos , ó á cosa en que tenga igual intervención oficial, perderá su empleo ó cargo, no podrá volver a obtener otro alguno público en el espacio de dos a seis años ni el juez ejercer más judicatura, y pagará una multa del seis al veinte por ciento del importe de la finca, efecto o interés de la negociación, siendo además nula cualquiera adquisición que haga de esta manera. No se comprenden en esta disposición los comerciantes, que siéndolo obtengan nombramiento de tesoreros de provincia ó depositarios de partido, y hubiesen dado la correspondiente fianza”.

⁵²² La multa de la conducta consistente en interesarse en negocios sí se modificará a lo largo de los años, que pasa de ser “del 10 al 50 por 100 del interés del valor que hubiere tomado en el negocio” a “multa del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio”.

⁵²³ VIADA Y VIDASECA, S. *Código penal reformado de 1870 Tomo II. 4ªed.* San Martín. Madrid. 1890, pág. 680.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

en contratista el empleado, de modo que trate en rigor consigo mismo⁵²⁴”. Finalmente GROIZARD indicaba que “no determina la individualidad de este delito el lucro fraudulento: sin que haya fraude ni lucro, ni perjuicio para el Estado, ni siquiera ganancia proporcionada al interés del capital empleado la responsabilidad nace, y nace del sólo hecho de que un funcionario directa o indirectamente se interese en un contrato o en una de las operaciones en que debe intervenir por razón de su cargo⁵²⁵”. Por tanto, el injusto de este tipo penal no consistía en defraudar a la Administración pública, que ésta sufriera un perjuicio patrimonial o que el sujeto obtuviera efectivamente un beneficio económico, sino que interviniera en asuntos en los que debía hacerlo por razón de su cargo, pero persiguiendo un interés, obteniendo una ventaja directa de las funciones propias de aquel⁵²⁶.

A pesar de las recomendaciones de la doctrina, el Capítulo XV siguió albergando las figuras relativas al fraude, exacciones y negociaciones, y conservó la misma redacción del precepto hasta la promulgación del Código penal de la democracia, que llevó a cabo profundas modificaciones que afectaron al tipo penal de negociaciones prohibidas y a todos los delitos contra la Administración Pública. Una de las reformas más destacadas y celebradas doctrinalmente es la del cambio de rúbrica del antiguo Título VII, actual XIX, en el que se inserta el tipo penal objeto de análisis y que pasó de designarse “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” al más adecuado “Delitos contra la Administración Pública”. De este modo, el legislador tuvo en cuenta las críticas esgrimidas por parte de la doctrina, que ponían de manifiesto que la mera condición de funcionario público del sujeto activo no era un criterio clasificatorio acertado, debido a que éste nada indica respecto el bien o bienes que se atacan con la realización de las conductas insertadas en el mismo. El texto de la antigua rúbrica, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, incurría en un doble defecto, pues ni todos los delitos en que el

⁵²⁴ PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. *El Código penal concordado y comentado Tomo II*. Imprenta de la viuda de Perimat y cía. Madrid. 1856, pág. 518.

⁵²⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código penal de 1870 concordado y comentado Tomo IV*. Esteban Hermanos impresores. Salamanca. 1891, pág. 303.

⁵²⁶ En este sentido JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. págs. 28-29; LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 del Código penal (comentario a la STS 29-5-1989)”, en *La Ley*, 1989 (4), pág. 417. Por el contrario, considera el delito de Negociaciones prohibidas como una modalidad de fraude CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 22, 2005, págs. 5-35. En un sentido similar se ha pronunciado CATALÁN SENDER, que considera que algunas de las conductas consistentes en interesarse podrán ser incardinadas en el fraude, en “*Los delitos cometidos por autoridades...*”cit. pág. 302.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

sujeto activo era un funcionario público estaban contemplados en él, ni en todos los supuestos que contemplaba el Título el sujeto activo era un funcionario público. Por ello, el legislador incorporó una referencia a la función pública, que es, al margen de la condición de funcionario del sujeto activo, un rasgo unificador que justifica la agrupación de este tipo de delitos⁵²⁷.

El cambio de rúbrica es un ejemplo más de que el objetivo del legislador de 1995 fue configurar los delitos contra la Administración Pública de un modo completamente distinto a como lo había hecho hasta el momento, adecuándolos a la posición que deben ocupar en un Estado de Derecho. Así, GONZÁLEZ CUSSAC señala que el legislador se encontró como punto de partida con una confusa, desfasada y autoritaria regulación de la materia. Había conductas que aparecían descritas de forma insuficiente, en otras había un exceso de intervención punitiva, el concepto de funcionario no se acomodaba a la realidad constitucional... Por tanto, la tarea que emprendió fue “eliminar los vestigios de un sistema autoritario y convertirlo en otro, donde, la responsabilidad penal de los servidores públicos fuese acorde con la posición y función que les corresponde desempeñar en el marco de un Estado democrático”⁵²⁸.

En lo relativo al tipo penal objeto de estudio se produjo una transformación en todos los aspectos. Se modificó su ubicación sistemática, su redacción y su pena. En cuanto a la ubicación sistemática, el legislador, haciéndose eco de las críticas vertidas por la doctrina, separó la figura consistente en intervenir interesadamente en asuntos en los que se interviene oficialmente de los delitos de fraude y exacciones ilegales. Mientras estos últimos se incluyeron en el Capítulo XI “De los fraudes y exacciones ilegales”, la primera se incorporó a un nuevo Capítulo, el IX, denominado “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, asignándole por primera vez a la figura objeto de análisis el nombre de “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”. Para ello, hizo desaparecer la obsoleta figura anteriormente denominada “Negociaciones prohibidas”, contenida en el art. 404 del Código penal de 1973 en la que se castigaba a aquellos que se mezclaran en

⁵²⁷ Sobre la discusión doctrinal que llevó a la modificación de la antigua Rúbrica del Título vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...* cit. págs. 135 y ss.

⁵²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación...” cit. pág. 15.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

operaciones de “agio, tráfico o granjería”⁵²⁹. En resumen, el legislador llevó a cabo la doble tarea de, por un lado, separar la conducta de negociaciones prohibidas de aquellas con contenido defraudador y, por otro, la de modernizar el concepto de negociar prohibidamente, eliminando el 404 del Código penal e incorporando a este concepto la conducta consistente en tomar interés. En realidad, la denominación de la conducta objeto de estudio como “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos” fue más producto de la casualidad que de una decisión político-criminal reflexionada, dado que parece que el legislador simplemente aprovechó el título del artículo cuyo contenido quería eliminar (el artículo 404) para bautizar la figura que desgajaba del Capítulo XI “De los fraudes y exacciones ilegales”. Sin embargo, esta denominación ha sido criticada por la doctrina porque parece no reflejar adecuadamente el injusto tipificado⁵³⁰. Por ello, hay autores que proponen que se denomine “participación indebida del funcionario en negocios”⁵³¹, que es terminología similar a la empleada por otros Códigos penales o “gestión desleal”, “infidelidad de funcionarios”, “intervención ilícita en la actuación contractual”⁵³².

En lo relativo a la modificación producida en la pena, el legislador sustituye la multa proporcional prevista “del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio” por una calculada a través de sistema de días multa de 12 a 24 meses (unida a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años), aspecto que fue interpretado por la doctrina como una muestra más de la intención del legislador de desvincularlo de los delitos de fraude, evitando así toda posible interpretación económica del precepto⁵³³.

No obstante, la modificación más importante se produjo en torno a los términos en los que se concibe el precepto. Esta redacción, que en gran medida se mantiene en la

⁵²⁹ “Los Jueces, los funcionarios del Ministerio fiscal, los jefes militares gubernativos o económicos, con excepción de los Alcaldes, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclaren en operaciones de agio, tráfico o granjería dentro de los límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas”

⁵³⁰ DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 31

⁵³¹ Así, DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 31. También lo denomina así MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 325.

⁵³² LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio...” cit. pág. 418.

⁵³³ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 327; SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...” cit. pág. 881.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

actualidad, incluye términos y verbos típicos que han restringido la conducta típica y dificultado su comprensión, limitándola a los términos siguientes:

La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

No hay más que comparar superficialmente la redacción de 1973 y la de 1995 para constatar el profundo cambio que se produjo en el tipo penal objeto de análisis. No obstante, resulta curioso que una modificación en la redacción del precepto tan profunda respecto de la del anterior de 1973 no fuera objeto de debate parlamentario durante toda la tramitación del nuevo Código penal. El tipo de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos pasó por el trámite de enmiendas sin que se llegara a presentar ninguna, aprobándose el texto que proponía el gobierno de forma íntegra⁵³⁴. Esto nos impide conocer los motivos que llevaron al legislador a realizar una transformación tan sustancial en el sujeto activo, la conducta típica, en el ámbito de intervención del sujeto y en el elemento subjetivo de lo injusto.

En lo referente a la modificación del sujeto activo, éste pasa de aquel que genéricamente tiene el *deber de intervenir*, a centrarse únicamente sobre aquel que tiene el *deber de informar*⁵³⁵. Hay quien apunta que la sustitución del término “intervenir” por el de “informar” no tuvo como objeto destipificar el comportamiento consistente en resolver, sino la de exigir responsabilidad por la emisión de informes ilegales, que no

⁵³⁴ VV. AA. *Ley orgánica del Código Penal: trabajos parlamentarios Vol I*. Departamento de publicaciones de las Cortes generales. Madrid. 1996. Tanto en el artículo 417 como en el artículo 432, que son los preceptos que en principio recogían la conducta objeto de estudio, la alusión es “no hay enmiendas”, págs. 446 y 1543.

⁵³⁵ Aunque hay autores que consideran que la conducta típica del anterior artículo 401 consistía en “interesarse” y no en “intervenir”. En este sentido, DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*”cit. pág. 16; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

podía castigarse a través del tipo penal de prevaricación⁵³⁶. Así, CUERDA ARNAU, ponente de la SAP de Castellón 12/2001, de 20 junio⁵³⁷, considera que el legislador no tuvo como objetivo descriminalizar las conductas consistentes en resolver en interés propio, sino que los tribunales se vieran obligados a aplicar en estos supuestos el tipo más grave de prevaricación⁵³⁸. Con todo, aunque la explicación que ofrece la autora resulte plausible, lo cierto es que, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este capítulo, el término informar supuso una restricción del tipo penal. Esta reducción no fue advertida en un principio por el Tribunal Supremo que durante mucho tiempo mantuvo la equivalencia a efectos prácticos de ambos verbos típicos (intervenir e informar). En efecto, la STS 965/1998, de 17 de julio⁵³⁹, indica que “los dos artículos no son entre sí contrapuestos. La diferencia de matizaciones es realmente intrascendente que en algún caso podrían determinar la mejor redacción del primitivo precepto”. Con el objetivo de evitar absoluciones de conductas consideradas graves, expresó en reiteradas ocasiones que el verbo informar, más amplio, abarcaba también las conductas consistentes en resolver. También adopta esta postura el alto Tribunal en su sentencia 372/1998, de 9 de diciembre⁵⁴⁰, en la que establece que “la actividad de informar debe indudablemente estimarse comprendida también en las actividad decisoria, que comporta un informe del mismo funcionario que decide sobre el asunto sometido a resolución”⁵⁴¹.

Tras años desde la promulgación del Código penal de 1995 manteniendo esta línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo la modifica en su sentencia 92/1999, de 1 de

⁵³⁶ Así, CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.

⁵³⁷ (ARP 2001\659)

⁵³⁸ Apunta la magistrada que “la restricción del ámbito típico no impide estimar delictivas las conductas decisorias, sino que éstas, en la medida en que representen una resolución injusta y merezcan por ello el reproche penal, quedarán residenciadas en el tipo más grave de prevaricación, conclusión que, aunque ya resultaba obligada con la anterior redacción desde una perspectiva lógico-sistemática, no siempre se respetaba bajo la vigencia del Código derogado y puede, por ello, haber sido determinante del cambio legislativo, para evitar que aquellas conductas que merecían un mayor reproche jurídico acabaran por residenciarse en el tipo más leve de Negociaciones prohibidas”.

⁵³⁹ (RJ 1998\5841)

⁵⁴⁰ (RJ 1998\10329)

⁵⁴¹ En el mismo sentido se pronuncia el TS en otras Sentencias como la 372/1998, de 9 de diciembre, (RJ 1998\10329) en la que señala que “el nuevo cuerpo legal se reduce a la actividad funcional determinante de incompatibilidad a la de informar, pero indudablemente deben estimarse comprendidas también las actividades decisorias”, la 965/1998, de 17 de julio, (RJ 1998\584) en la que indica “los dos artículos no son entre sí contrapuestos. La diferencia es de matizaciones realmente intrascendente que en algún caso podrían determinar la mejor redacción del primitivo precepto” y la 1823/2000, de 27 de noviembre, (RJ 2000\9749) en la que dice que “en conclusión, se pena el mismo comportamiento que antes pero ahora en unos términos más estrictos”.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

febrero⁵⁴². Se percata de que afirmar que las intervenciones en el procedimiento administrativo consistentes en votar o resolver quedan englobadas en el término informar o que toda actividad de decisión o resolución lleva implícita o es inherente a una auténtica actividad informativa supone una interpretación extensiva *in malam parte* contraria al principio de legalidad. A partir de ese momento comienza a absolver a muchos sujetos que bajo la vigencia del Código penal de 1973 habían sido condenados por la comisión de este delito⁵⁴³. Como se expone en la STS 1586/2000, de 17 de octubre⁵⁴⁴, “por mucha amplitud que haya de darse a la expresión «debiendo informar por razón de su cargo» para dar coherencia y significación adecuada a esta particular figura delictiva, como algún sector doctrinal patrocina, es cierto que en el caso presente no aparece ese deber de informar en la persona de este Alcalde o Concejal”⁵⁴⁵. Esta situación llevó al alto Tribunal a lamentarse en diversas ocasiones, como en su Sentencia 127/2001, de 5 de febrero⁵⁴⁶, indicando que “puede extrañar que sean castigados por este delito quienes han de informar y no quienes han de resolver. Pero ello es así conforme al texto de la ley, y el principio de legalidad impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como más merecedoras de la sanción establecida en la ley”. A pesar de que, como apunta la SAP de Islas Baleares 68/2012⁵⁴⁷, de 16 de julio, esta interpretación “no se compadece bien con los antecedentes históricos del indicado artículo 401 ni con las exigencias político criminales”. Esta restricción del sujeto activo supuso que el tipo penal no pudiera ser aplicado a los sujetos que más conductas delictivas cometen y que más responsabilidad dentro de la jerarquía administrativa ostentan, que son las autoridades públicas, pues sus tareas son resolutorias y raramente lo son informativas. Por tanto, la nueva redacción evitaba que el tipo penal pudiera ser aplicado a los sujetos que criminológicamente más delitos contra la Administración Pública cometen.

⁵⁴² (RJ1999/209)

⁵⁴³ Sobre la evolución jurisprudencial de este tipo una vid. DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. págs. 80 y ss; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...” cit.; CUGAT MAURI, M. “Lección 16. Negociaciones prohibidas”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, págs. 592-593.

⁵⁴⁴ (RJ 2000\8782)

⁵⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 1823/2000, de 27 de noviembre, (RJ 2000\9794); 127/2001, de 5 de febrero, (RJ 2001\270); 920/2001, de 16 de mayo, (RJ 2001\5512); 1871/2001, de 22 de octubre, (RJ 2001\9382); 2208/2001, de 26 de noviembre, (RJ 2002\620).

⁵⁴⁶ (RJ 2001\270)

⁵⁴⁷ (ARP 2012\788)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Respecto de la conducta típica, ésta también limitado su alcance. El único tipo de comportamiento que se castiga tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 es la de emitir un informe, pero no se castigan otras intervenciones en el procedimiento, incluso de mayor transcendencia, como las de votar o resolver⁵⁴⁸. Esta limitación fue duramente criticada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina por impedir la aplicación de este tipo penal a las conductas de mayor responsabilidad en la Administración Pública.

Además de la conducta y el sujeto activo, también se modifica el objeto de la intervención, que pasa de ser un “contrato u operación” a ampliarse a “cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad”, que el legislador después resume en tales “negocios o actuaciones”. De este modo, el Código penal de 1995 utiliza una larga lista de términos que podrían hacer creer al intérprete que el resultado es una extensión del objeto de la intervención de la conducta. No obstante, como se expondrá a lo largo de este capítulo, dicha ampliación es más aparente que real, dado que, por un lado, algunos de esos términos son reiterativos e innecesarios y por otro, el objeto de intervención del sujeto viene determinado por el verbo “participar” al que alude el precepto. Si se lleva a cabo una interpretación sistemática del tipo penal en su conjunto, se llega a la conclusión de que la actuación debe tener por objeto un asunto en el que el sujeto activo pueda procurarse una participación, lo que, como se expondrá, podría constituir una restricción del tipo penal.

Finalmente, la última modificación que incorpora el nuevo Código penal de 1995 al precepto es la que afecta, según la mayor parte de la doctrina, al resultado típico aunque, desde mi punto de vista, se trata de un aspecto concerniente a un elemento subjetivo de lo injusto. Es decir, la intención del sujeto activo con su conducta no es la misma que en 1973. El elemento subjetivo del tipo penal pasa de consistir en perseguir un interés en 1973, que venía implícitamente incorporado en los términos “El empleado público que directa o indirectamente **se interesare**”, a residir en el Código Penal de 1995 en que el sujeto tenga la intención de “**forzar o facilitarse cualquier forma de participación**, directa o por persona interpuesta, **en tales negocios o actuaciones**”. La referencia del precepto penal a forzar o facilitarse una participación en un negocio o actuación supone

⁵⁴⁸ Críticamente DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 147; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...” cit.; CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades...* cit. pág. 302.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

una restricción del tipo considerable que no ha sido criticada, probablemente porque ha pasado inadvertida tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Por tanto, a partir de este momento no es suficiente con que la intención del sujeto activo sea la de perseguir un interés, sino que tiene que ser la de forzar o facilitarse cualquier forma de participación en un negocio o actuación. Otro de los aspectos que parece cambiar en relación con el elemento subjetivo es la atribución de un contenido económico que, según algunos autores, cabía realizar con la redacción anterior a 1995, pero que no es posible con la nueva. Aunque hay un sector de la doctrina que considera que con la redacción actual el beneficio que debe perseguir el sujeto activo con su conducta es de carácter económico, dicha interpretación tiene ahora menos sentido. El anterior ámbito de intervención del sujeto activo (contrato u operación), unido a la ubicación sistemática del tipo penal (regulado conjuntamente con los delitos de fraude y exacciones ilegales) y la previsión de una pena de multa proporcional al beneficio obtenido eran datos que apuntaban a que la intención del sujeto activo era la de procurarse un beneficio de este tipo. Sin embargo, como se ha expuesto, todos estos aspectos se han transformado, lo que aboca a desechar una interpretación del tipo subjetivo que ya en la versión del Código penal de 1973 era discutible.

Todas estas reformas en el tipo penal, sobre todo la del sujeto activo, lo sumieron en un ostracismo aplicativo que fue parcialmente remediado tras quince años desde la entrada en vigor del nuevo Código penal, con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La reforma de 2010 amplió el círculo de los sujetos activos al sustituir la exigencia de que éste tuviera el deber de informar por el más amplio "de intervenir", permitiendo sancionar de nuevo las conductas del alcalde y los concejales que intervienen resolviendo en un procedimiento, supuestos que los tribunales se habían visto obligados a absolver. Con ello a partir de este momento son punibles las conductas de estos sujetos cuando emiten un voto o una resolución que les permita participar en un asunto (la conducta del concejal que adjudica a su propia empresa un contrato para hacer reformas en el ayuntamiento, el alcalde que vota a favor de la adquisición por parte del consistorio de unos terrenos de su propiedad, el funcionario que se concede a sí mismo una licencia de obra para su propia casa, de apertura de un negocio, la cesión de un inmueble del ayuntamiento para una explotación, el que vota a favor de autorizar una compraventa de

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

unos terrenos propio). Asimismo, llevó a cabo una agravación punitiva, incluyendo por primera vez una pena privativa de libertad (prisión de seis meses a dos años), que se unió a las ya previstas de multa e inhabilitación especial⁵⁴⁹. La necesidad de agravar la pena de este tipo había sido reclamada por la doctrina penal dado el desfase existente entre la gravedad de la conducta típica y la pena prevista.

Al parecer, el texto inicial del proyecto no preveía una modificación de este artículo, siendo ésta incorporada durante el trámite de enmiendas en el Congreso a través de una iniciativa del grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. La modificación se justificaba con el argumento de que “es inexplicable la restricción típica a autoridades y funcionarios que tengan encomendada la función de emitir informes. Sin que se incluyan en el tipo aquellas otras como las de resolver o de realizar cualquier otra actividad administrativa que genere conflictos de intereses⁵⁵⁰”. De este modo la tramitación del Proyecto de Ley se hizo eco de las críticas que la doctrina y la jurisprudencia habían formulado durante tanto tiempo, ampliando el círculo de los sujetos activos a todos los que deban intervenir⁵⁵¹. No obstante, como veremos más adelante, el legislador de 2010 perdió la oportunidad de introducir otras modificaciones en el tipo que sirvieran para deshacer algunos de los errores cometidos por el legislador de 1995. Ésta hubiera sido una excelente ocasión para replantear la conducta típica en términos fácilmente comprensibles, simplificar el elemento subjetivo de lo injusto y el objeto de la actuación del sujeto activo, eliminando términos confusos e innecesarios y proponiendo una redacción más sencilla que englobara todos los supuestos de hecho que deberían ser sancionados a través de este precepto penal. Dicho esto, tras la Ley Orgánica 5/2010 el precepto penal quedó redactado de la siguiente manera:

⁵⁴⁹ A favor de incluir para estos casos una pena de prisión se han pronunciado el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) en “Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas” Ed GEPC y Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pág. 56; DELGADO GIL, A. “La nueva redacción del delito de participación indebida del funcionario en negocios (art. 439 CP) a partir de la LO 5/2010: la ampliación del sujeto activo y de la pena”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 78, 2011, pág. 39. En contra, JAREÑO LEAL para quien la inclusión de una pena tan disuasoria puede dar lugar a que los tribunales penales se inhiban más aún y desvíen estas conductas al ámbito administrativo. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 187.

⁵⁵⁰ REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades...” cit. pág. 485.

⁵⁵¹ Lo cierto es que el legislador de 2010 aceptó casi de forma literal la propuesta de reforma del GEPC “Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística...” cit. pág. 56.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

La autoridad o funcionario público que, **debiendo intervenir** por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la **pena de prisión de seis meses a dos años**, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Aunque no ha realizado ningún cambio sustancial, la última reforma sufrida por este precepto penal ha sido a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se ha limitado a elevar la pena de inhabilitación especial de dos a siete años e incluir con la misma duración la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Expuesta la evolución legislativa del precepto, se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, aunque inicialmente la figura se configuró como una modalidad de fraude funcionarial, su relación con éste ya fue cuestionada por la doctrina de la época debido a que la conducta objeto de análisis carece de carácter defraudador, pues no se exige engaño o la intención de causar un perjuicio económico al erario público. En segundo lugar, el repaso de los antecedentes del delito ha servido para comprobar que no toda modificación legislativa ha servido para mejorar su redacción y con ello su respuesta a la realidad social sobre la que pretende incidir. Es indudable que el texto incorporado al Código penal en 1995, que es en gran medida el que se mantiene en la actualidad, le ha hecho un flaco favor al precepto y a la lucha contra la corrupción que desde el mismo se mantiene, pues se han empleado términos confusos e innecesarios, impidiendo un fácil acceso a la conducta típica. Si ya con la redacción de 1973 se planteaba alguna duda sobre qué tipo de supuestos reprime este tipo penal, la conducta típica ha quedado desdibujada tras la profunda transformación del precepto operada por el legislador de 1995. Así, POLAINO NAVARRETE señala “la tipificación diluye los términos de descripción hasta hacer difícilmente comprensible el comportamiento típico

y virtualmente impracticable el tipo legal”⁵⁵². Este problema se ha trasladado a los tribunales, que en alguna ocasión han calificado como delito de negociaciones prohibidas conductas de diferente naturaleza y contenido de lo injusto. Por ello, a pesar de que la reforma llevada a cabo en 2010 permite mínimamente aplicar el precepto, lo cierto es que el acceso a la conducta prohibida era más fácil en la redacción de 1973⁵⁵³.

3.3 Tipo objetivo

3.3.1 Sujeto activo

A priori, la característica principal que se puede destacar del sujeto activo del artículo 439 del Código penal es que tiene la condición de funcionario público. Para saber a efectos de la aplicación del Título XIX y de cualquier otro delito del Código penal qué se considera funcionario público hay que acudir al artículo 24, pues es el precepto que recoge este concepto⁵⁵⁴. El art. 24 exige que el sujeto ejerza la función pública y que tenga un título que le habilite para ello, características que han servido a la doctrina para afirmar que nos encontramos ante un concepto material de participación en el ejercicio de la función pública que prevalece sobre la vinculación orgánica que el sujeto tenga según el Derecho administrativo⁵⁵⁵. Por consiguiente, de forma unánime, se ha llegado a la conclusión de que el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, dado que no abarca únicamente sujetos que tienen la condición de empleados público, sino que se extiende a cargos electos, autoridades, etc., incluso a quienes ejercen funciones públicas de forma temporal como los interinos⁵⁵⁶. En

⁵⁵² POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 358. En el mismo sentido también SERRANO GÓMEZ, que considera que se trata de un precepto confuso del que se podría haber prescindido, SERRANO GÓMEZ, A. en *Curso de Derecho penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2015, pág. 682.

⁵⁵³ En igual sentido CUGAT MAURI, M. “Lección 16....”cit. pág. 595.

⁵⁵⁴ Artículo 24 del Código penal:

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

⁵⁵⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación...”cit. págs. 19-20.

⁵⁵⁶ Como señala VALEIJE, esta diferencia entre el concepto penal de funcionario público y del resto de sectores del Derecho se justifica por las distintas finalidades que persiguen los distintos ordenamientos, que

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

definitiva, no se exigen los requisitos de incorporación a la organización administrativa ni una vinculación permanente con la misma. Sin ahondar más en el concepto penal de funcionario público, que no suscita divergencias doctrinales, a partir de ahora me centraré en la tarea de delimitar quien, de entre los sujetos que ejercen la función pública, puede ser el autor concreto del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

3.3.1.1 Sujeto que interviene efectivamente en el asunto administrativo

Además de ostentar el carácter de funcionario público, el sujeto activo del artículo 439 del Código penal ha de tener el deber de intervenir en un determinado asunto por razón del cargo. Esta alusión al deber de intervenir ha dado lugar a que un sector de la doctrina se plantee si el sujeto activo del delito toma parte efectivamente en el asunto administrativo o si basta con que simplemente esté en posición de hacerlo pero sin llegar a actuar⁵⁵⁷. Aunque ambas interpretaciones encajan en el tenor literal del precepto, lo cierto es que la segunda opción no parece adecuada conforme a una interpretación teleológica en consonancia con el bien jurídico protegido y de la coherencia interna del tipo. Empezando por esta última cuestión, si no se exige la efectiva intervención del sujeto, carece de sentido que el precepto aporte posteriormente tanta información sobre el tipo de asunto y la intención con la que éste debe tomar parte⁵⁵⁸.

En segundo lugar, desde el punto de vista del bien jurídico, para poder afirmar que nos encontramos ante una criminalización legítima, la conducta del sujeto ha de causar al menos una perturbación del objeto de protección penal consistente en su puesta en peligro. Esta, tal y como se apuntó cuando se analizó la conducta a la luz del principio de fragmentariedad, se produce en el momento previo a la intervención por parte del sujeto activo en el procedimiento, pero habiendo transcurrido el plazo dispuesto para que el sujeto pueda abstenerse legítimamente⁵⁵⁹. Es decir, el sujeto “está presente” en el asunto administrativo pero no lleva a cabo ninguna conducta activa. Por lo tanto, se debe

en el caso del Derecho penal exige un concepto más extenso. *El tratamiento penal de la corrupción...*cit. pág. 55.

⁵⁵⁷ Sobre esta discusión CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.

⁵⁵⁸ Si no exigiera la efectiva intervención del sujeto en el asunto administrativo, el tipo no se apuntaría con posterioridad “para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”.

⁵⁵⁹ En efecto, la intervención ya supondría la lesión del bien jurídico. Cfr. Capítulo II, apartado 2.3.1.2.

entender que es a ese momento al que se refieren los autores que consideran que el tipo no exige la efectiva intervención del sujeto. El problema que plantea la incriminación de esta conducta es que, como se señaló en su momento, es problemática desde la óptica probatoria, debido a que administrativamente no está muy claro cuál es el momento en el que el sujeto debe abstenerse propiamente en el procedimiento. Es decir, se desconoce cuál es el momento exacto a partir del cual podemos afirmar que sin lugar a dudas nos encontramos ante una puesta en peligro del bien jurídico. Además, si resulta más adecuado interpretar que nos encontramos ante un tipo de lesión, que requiere la efectiva intervención del sujeto en el asunto es por el hecho de que el peligro, no causa una dañosidad social suficientemente elevada que deba ser sancionada a través del Derecho penal, conducta que probablemente deba quedar en el ámbito del Derecho administrativo.

3.3.1.2 El sujeto que interviene oficialmente

Además de intervenir efectivamente en un asunto administrativo, el sujeto debe hacerlo “por razón del cargo”, es decir, aprovechándose de su deber de intervenir en el mismo. Este requisito limita considerablemente el tipo penal, pues el sujeto activo no puede ser cualquiera que circunstancialmente intervenga en el procedimiento, sino sólo aquel que tiene la obligación hacerlo, es decir, aquel que participa en él oficialmente. Esto significa que la intervención ha de venir impuesta por cualquier disposición legal o por la propia organización interna. Como dice MIR “ello no puede suponer que se halle expresamente previsto por una disposición legal o reglamentaria escrita sino que ha de comprender otras manifestaciones del Derecho, como principios jurídicos, derecho consuetudinario (práctica administrativa), acuerdos de órganos colectivos, circulares, orden legítima de un superior jerárquico...”⁵⁶⁰. El deber de intervenir ha de nacer de las atribuciones del cargo, da igual que fuente del derecho se lo atribuya. Por tanto, el sujeto

⁵⁶⁰ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 325. En igual sentido CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.; DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*cit. pág. 125; CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 591; ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII: Delitos contra la Administración pública” (y II). Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública”, en VV. AA. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pág. 673; STS 127/2001, de 5 de febrero, (RJ 2001\270) “el deber de informar al que se refiere este art. 439 puede venir impuesto por la ley o por otra disposición general de rango inferior y también por el modo de actuar concreto en el organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas”; STS 696/2013, de 26 septiembre, (RJ 2014\1832) “Dicho deber debe venir impuesto por el ordenamiento jurídico en sentido amplio (principios jurídicos, práctica administrativa, órdenes legítimas de un superior jerárquico, acuerdos de órganos colectivos, disposición legal o reglamentaria...)”.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

activo del delito de negociaciones prohibidas no es aquel que toma parte sin competencia en cuestiones que puedan estar tramitándose en su departamento⁵⁶¹ o que, de alguna manera, usurpa funciones ajenas⁵⁶², conducta que podría quedar enmarcado en otros tipos penales, sino al contrario, este precepto pretende sancionar únicamente al sujeto que interviene en un asunto en el que tiene el deber de hacerlo.

El hecho de que sólo se castigue al sujeto que tiene expresamente el deber de intervenir y no a todos aquellos que participan accidentalmente en el procedimiento administrativo ejerciendo o no funciones propias del cargo ha sido objeto de crítica por parte de un sector minoritario de la doctrina que advierte que el tipo penal deja fuera otros supuestos con relevancia penal en los que el sujeto no tiene el deber de intervenir, pero *motu proprio* decide hacerlo⁵⁶³. Argumenta en este sentido SANCINETTI que “si se restringe el tipo penal sólo a los actos realizados con competencia administrativa suficiente, esto es, sólo a los actos válidos, quedarían fuera de la adecuación al tipo numerosas conductas en las que el funcionario carece de la competencia necesaria desde el punto de vista interno, aunque la Administración quede obligada frente a terceros”⁵⁶⁴. Sin embargo, esta crítica pierde su fuerza si se contempla el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos no como el único, sino como uno más de los medios disponibles por parte del Derecho penal para hacer frente a determinadas conductas dañosas en el ámbito de la Administración pública. El objetivo político-criminal del tipo penal de negociaciones prohibidas es únicamente el de sancionar la conducta del sujeto que aprovecha su intervención oficial en un asunto público para hacerlo, procurándose un interés. Ahora bien, esto significa que participación

⁵⁶¹ Lo que podría ser sancionado a través del delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos previsto en el artículo 442 del Código penal.

⁵⁶² Conducta que, en determinadas circunstancias, podría dar lugar al delito de prevaricación administrativa prevista en el artículo 404 del Código penal, pues se trata de una vulneración grave del procedimiento administrativo, que al igual que el judicial, no es algo flexible que se improvise y que permita la participación voluntaria de funcionarios u otros sujetos ajenos a la institución pública, sino que constituye una garantía fundamental para los derechos de los administrados.

⁵⁶³ Este aspecto era apuntado por la doctrina cuando el tipo aludía al deber de informar pero sigue siendo extrapolable a su actual redacción. Así DEGLADO GIL señala que “Ciertamente, podría alegarse lo absurdo que resulta castigar al funcionario que tenía la obligación de informar y no a quien lo hacía de forma voluntaria”, en *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 136. Por ello, el autor propone la siguiente redacción “la autoridad o funcionario público que debiendo informar o pudiendo voluntariamente hacerlo”. En el mismo sentido se pronuncia CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades...* cit. pág. 365.

⁵⁶⁴ SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...” cit. pág. 887.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

administrativa usurpando funciones no pueda ser objeto de sanción a través de otro tipo penal⁵⁶⁵.

Si el autor argentino precisamente propone una interpretación extensiva de la conducta de negociaciones incompatibles con el cargo público para abarcar aquellas en las que no solo se interviene oficialmente, sino que se actúa sin competencia para ello es precisamente porque el ordenamiento argentino, a diferencia del español, carece de una regulación específica del delito de prevaricación, que sí podría sancionar este tipo de conductas⁵⁶⁶. De hecho, la ausencia de una regulación específica del delito de prevaricación también en el ordenamiento italiano ha sido lo que, a mi juicio, ha motivado que el legislador de este país haya ido modificando poco a poco el delito de *abuso d'ufficio*, originalmente equivalente al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos español, para abarcar la participación en asuntos administrativos sin competencia específica para hacerlo⁵⁶⁷.

Además de intervenir con competencia en el asunto, dicha competencia no ha de ser genérica, sino específica, relativa a una función propia del cargo. La alusión que hace el precepto a intervenir en un asunto por razón del cargo y a aprovecharse de este para procurarse una participación, implica que estamos ante un individuo que obtiene una ventaja utilizando las funciones asignadas a su puesto de trabajo. Es decir, el sujeto activo del delito de negociaciones prohibidas no es aquel que simplemente abusa del cargo, lo

⁵⁶⁵ En caso de que la usurpación de funciones sea grave y de lugar a un vicio procedimental tal que la resolución que se dicte pueda ser considerada arbitraria, podría quedar incluida en el ámbito típico de la prevaricación. Así, ORTIZ DE URBINA pone ejemplos extremos de ausencias de competencia que darían lugar a este tipo penal como que un profesor de Derecho penal ponga una nota en Derecho mercantil o que el ayuntamiento de una localidad dicte una resolución que ha de aplicarse en el municipio vecino. Vid. “Delitos contra la administración pública”...cit. pág. 362-363.

⁵⁶⁶ SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 887.

⁵⁶⁷ El *interesse privato in atti d'ufficio*, antecedente del actual *abuso d'ufficio* del Código penal italiano se orientaba únicamente a perseguir al sujeto que tuviera un interés personal. Sin embargo, el actual precepto de *abuso d'ufficio* abarca situaciones en las que el sujeto persigue una “ventaja patrimonial o causa un daño injusto” para la Administración. El concepto de daño injusto se ha ido ampliando poco a poco por la jurisprudencia, incluyendo supuestos en los que el perjuicio ocasionado no es económico sino que simplemente se lesiona el principio de legalidad. Por ello hay autores españoles que consideran que es el equivalente italiano del delito de prevaricación. Vid. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación del funcionario público”, VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública. 1997, pág. 125. Crítico por cómo se ha ampliado la interpretación de este tipo penal SGUBBI, F. “Los delitos contra la Administración pública. Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano” en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, Nº 2-5(2000). Disponible en internet en: http://criminol.ugr.es/recpc/recpc_02-05.html.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

que sería una característica común a todos los delitos relacionados con la corrupción, sino que lo hace de las concretas funciones asignadas al mismo⁵⁶⁸. Por consiguiente, el tipo penal se orienta a sancionar funciones propias del cargo que se pueden llevar a cabo en el contexto de un procedimiento administrativo por un funcionario público (informar, resolver, votar, etc.) pero que bajo determinadas circunstancias se tornan en dañosas⁵⁶⁹. Esto da lugar a que la conducta sea más difícil de detectar, especialmente si para obtener el beneficio el funcionario se vale de un testaferro que destinado a desviar la atención sobre quien obtiene realmente el beneficio.

La interpretación de que estamos ante un sujeto que se aprovecha de las funciones propias del cargo obedece a una exégesis del tipo penal conforme a lo dispuesto por el artículo 440 del Código penal, que en la línea del 439 castiga a determinados sujetos privados que se aprovechan de las funciones propias del cargo para obtener un beneficio personal. Así, el tipo penal señala “Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior (el del artículo 439), respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa...”. Al igual que el artículo 439, el artículo 440 sanciona determinadas actuaciones propias del cargo de determinados sujetos que en vez de perseguir el interés general (artículo 439) o el interés de los pupilos o testamentarias (artículo 440) las emplean para satisfacer sus propios intereses personales.

Esta característica distingue las conductas castigadas por este tipo penal de aquellas que no deben quedar sancionadas a través de este precepto e incluso de otras que podrían ser castigadas a través de otros tipos penales similares. Así, por ejemplo, no hay delito de negociaciones si el funcionario asiste a las sesiones de la mesa de contratación para forzar la concesión de un contrato a favor de su empresa sin tener atribuido la

⁵⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones...*cit. pág. 358.

⁵⁶⁹ Por ello, se puede decir que es un supuesto depurado de delito de oportunidad privilegiada (*special opportunity crime*), que es aquel cometido por un sujeto que ocupa una posición destacada en núcleos de decisión político-empresariales en el ejercicio de sus funciones. PRIETO DEL PINO, A.M. “Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”, VV.AA. *Cuadernos penales José María Lidón*. Deusto publicaciones. Bilbao 2008, pág. 111.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

potestad específica, sino simplemente aprovechándose de la amistad o la relación de superioridad que le une con los miembros de la comisión⁵⁷⁰. La misma objeción se podría hacer a la conducta de excluir una proposición de licitación de un candidato fuerte sin concederle un plazo de subsanación de documentos. La exclusión de un candidato del concurso aunque sea un comportamiento que pueda garantizar al sujeto activo procurarse una participación en un asunto o negocio, no es una función propia del cargo. Tampoco entraría en el ámbito de este tipo penal la conducta de un alcalde que posee un surtidor de combustible y exige a los ciudadanos que reposten en el mismo a cambio de tramitar cualquier licencia con prontitud. En este caso se puede descartar la aplicación del artículo 439 del Código penal porque, en principio, entre las funciones del alcalde no está la de otorgar licencias con prontitud ni, por supuesto, exigir como contrapartida el pago de una cantidad de dinero⁵⁷¹. Asimismo no constituye una competencia específica de ningún funcionario la de agilizar un trámite administrativo, por lo que si un servidor público acepta una dádiva para llevar a cabo este cometido, la misma no se podrá considerar como una competencia propia del cargo. Por el contrario, el adjudicar o informar favorablemente la concesión de una subvención o contrato público sí forman parte de los cometidos asignados funcionalmente a determinados servidores públicos. Por eso, por encima de otros tipos penales similares, la comprensión del sujeto activo y de la conducta típica del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos obliga a acudir a las normas reguladoras del procedimiento administrativo. Esta tarea de comprensión del Derecho Administrativo es fundamental para saber qué tipo de funciones asigna la ley a los diferentes funcionarios públicos que participan en determinados procedimientos administrativos, pues en el marco de los mismos se lleva a cabo la comisión del tipo penal.

Ahora bien, si el sujeto interviene en un asunto en el que debe intervenir oficialmente y lo hace llevando a cabo una actuación propia del cargo, la pregunta que podría formularse entonces es: ¿Dónde radica el injusto de esta figura delictiva? Como acertadamente señala CUGAT MAURI, entre las competencias del funcionario nunca estará la comisión del delito⁵⁷². La intervención oficial de un sujeto en un asunto en el que tiene deber de hacerlo no es una conducta reprochable, sino al contrario, obligatoria

⁵⁷⁰ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. pág. 51.

⁵⁷¹ A juicio de esta autora, dicha conducta ni si quiera constituye un delito de cohecho, aunque esto, a mi juicio, podría ser discutido. JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. pág. 47.

⁵⁷² CUGAT MAURI, M. "Lección 16..." cit. pág. 592.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

y deseable. Por consiguiente, el injusto de este tipo penal radica en que el sujeto que ha de ser sancionado a través de este tipo penal “se aprovecha” de su intervención oficial para procurarse un interés consistente en una participación en un negocio o actuación. Y es la existencia de ese interés, definido por el artículo 439 como una participación en un negocio, lo que obliga al sujeto a no intervenir, a abstenerse. Por tanto, como ya se expuso en su momento y como se expondrá de nuevo en la conducta típica, el injusto penal se asienta sobre la infracción del deber de abstención⁵⁷³. En definitiva, el “deber de intervenir por razón del cargo” en un asunto en el que se tiene un interés es lo que delimita tanto al sujeto activo como la conducta típica y es el aspecto diferencial de este tipo penal con respecto a otros similares. De este modo, se puede decir que este tipo penal castiga al funcionario público por ejercer una actividad propia de su cargo pero que, bajo determinadas circunstancias, se convierte en reprochable.

3.3.1.3 Sujeto que realiza una intervención relevante

Tras la reforma del tipo penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, algunos autores pusieron de manifiesto que la sustitución del deber de “informar” por el de “intervenir” suponía una ampliación desmesurada tanto del círculo de sujetos activos como de la conducta típica, ya que permitía abarcar la actuación de cualquiera que interviniera en el procedimiento administrativo incluso a través de meras tareas burocráticas o sin suficiente transcendencia para la emisión de la resolución finalmente adoptada. Así, apunta CUGAT MAURI, a partir de ahora la conducta “podría abarcar cualquier supuesto en que el funcionario pudiera tener contacto con el asunto público por mínimo que fuera, quedando el ámbito aplicativo condicionado por la mayor o menor generosidad con la que se determinen cuáles son los actos relacionados con el cargo en cuyo ejercicio pueda cometerse el delito”⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Esto es lo que JAREÑO LEAL define como la similitud entre el asunto público y la actividad objeto de su propio negocio. Así, insiste en el hecho de que es la semejanza entre la naturaleza de la actividad concreta en que el sujeto interviene por razón de sus funciones y el tipo de actividad privada lo que restringe el tipo penal. JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. págs. 46 y 48. Pero más que la similitud entre el asunto administrativo en el que se interviene y la actividad privada que ejerce el funcionario, el tipo penal recoge casos en los que el funcionario público tiene un interés personal y la existencia de este obliga al sujeto a abstenerse.

⁵⁷⁴ CUGAT MAURI, M. “Lección 16...” cit. pág. 592. En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades...” cit. pág. 487; DELGADO GIL, A. “La nueva redacción...” cit.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Sin embargo, una interpretación del tipo penal en su conjunto y conforme al bien jurídico protegido impide dicha ampliación típica. El sujeto activo, además de intervenir efectivamente en el asunto, debe hacerlo con la intención de procurarse una participación en un negocio o actuación. Esta exigencia implica que la intervención del sujeto debe ser idónea para proporcionarle una participación en el mismo. Por consiguiente, no puede ser objeto de sanción cualquier sujeto que intervenga en el mismo, sino sólo aquel que, además de tomar parte activamente, sea capaz de condicionar la resolución que se adopte pues, esta, como decisión final del procedimiento, es el único acto administrativo que puede procurar al sujeto activo una participación en el negocio. Por tanto, deben quedar fuera del precepto penal aquellos que participan en el mismo de modo irrelevante. En el mismo sentido se pronuncia ORTS BERENGUER, que señala que la alusión al deber de intervenir “parece significar que la misma (intervención) habrá de tener alguna transcendencia en orden a la decisión del asunto o del curso que haya de seguir”⁵⁷⁵.

El hecho de que la conducta deba ser idónea para procurar al sujeto una participación en el asunto también contribuye a que la conducta típica no se amplíe desproporcionadamente por la alusión al verbo intervenir que hace el precepto. Por consiguiente, a diferencia de lo que expusieron los autores tras la modificación legislativa operada en 2010, el hecho de que aluda al sujeto que con su intervención puede procurarse una participación en el negocio o actuación impide que se puedan sancionar conductas escasamente transcendente en el conjunto del procedimiento, pues los sujetos que las llevan a cabo difícilmente podrían procurarse una participación⁵⁷⁶. Por mucho interés que sobre el fondo del asunto manifieste el sujeto que entrega o recibe los formularios en ventanilla, difícilmente éste con su función podrá obtener dicho interés, por lo que es imposible que pueda ser sancionado a través de este precepto. Dicho esto, a diferencia de lo que señalaba un sector de la doctrina, el círculo de posibles autores de este tipo penal queda incluso más restringido que el de otros tipos delictivos similares como el cohecho o el tráfico de influencias⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...”cit. pág. 673. En igual sentido NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII...”cit. pág. 481.

⁵⁷⁶ Cfr. Capítulo 1, 1.5

⁵⁷⁷ También en este sentido JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 149.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Para saber cuáles son las intervenciones que se pueden llevar a cabo en el procedimiento capaces de condicionar la resolución que sobre el fondo del asunto se dicte habrá que acudir al Derecho Administrativo. Un procedimiento es una sucesión de trámites que desembocan en una resolución final. Por eso, como señalan GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, a lo largo del mismo “se acumulan una serie de actos que no son la respuesta que la Administración ofrece al problema en examen, sino eslabones sucesivos que darán como resultado una resolución”⁵⁷⁸. Por ello, desde un punto de vista administrativo, un funcionario puede llevar a cabo en el procedimiento actos definitivos o actos de trámite. Estos últimos son aquellos que se producen antes de la resolución final, como por ejemplo los informes, las propuestas, las pruebas, etc. Se trata de actos que no deciden ni directa ni indirectamente sobre el fondo del asunto. Por su parte, los actos definitivos o resolutorios son los que ponen fin al procedimiento administrativo, como las licencias, las subvenciones, los contratos, las multas, etc. En ellos la Administración pública responde al problema que se le plantea y representan la razón de que se haya tramitado todo el procedimiento anterior⁵⁷⁹.

Indudablemente, por los motivos acabados de exponer, los actos resolutorios tienen transcendencia sobre el fondo del asunto. Los sujetos que ejercen funciones decisorias son, por un lado, aquellos que emiten un voto, si la resolución debe ser adoptada por un órgano colegiado, o aquellos que resuelven unilateralmente, si la resolución se emite por un individuo concreto. Y por otro, los sujetos que ejercen funciones informativas. Los sujetos que ejercen funciones resolutorias en la Administración española y que, por consiguiente, ostentan la capacidad para representar a esta como persona jurídica, son habitualmente aquellos que tienen el carácter de autoridad. En el ámbito de la Administración local coinciden con aquellos individuos que criminológicamente más delitos cometen y que suelen ser alcaldes y concejales.

No obstante, también hay otros sujetos que ejercen funciones burocráticas que también tienen capacidad para condicionar el fondo del asunto. Aunque es frecuente afirmar que los actos de trámite carecen de sustantividad en materia decisoria, hay

⁵⁷⁸ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág. 514; SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. págs. 540 -541.

⁵⁷⁹ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág.515.

algunos que son determinantes para el sentido de la resolución que se adopte. Hay que destacar los informes en un sentido amplio, incluyendo no sólo los técnicos, sino también las propuestas, los dictámenes y otros con suficiente relevancia como para condicionar la decisión que sobre el fondo del asunto se emita. Buena prueba de que los informes son actos administrativos trascendentes de cara a condicionar la resolución dictada es el hecho de que en la prevaricación urbanística, prevista en el artículo 320 del Código penal, se castiga no sólo a los sujetos que llevan a cabo actuaciones decisorias, sino también a aquellos que realizan actos informativos. Esto se debe también a que los informes ejercen en el ámbito urbanístico un papel fundamental en la toma de decisiones. Su importancia es especial en el ámbito urbanístico debido a la amplia discrecionalidad de la que gozan los sujetos que deciden en esta materia, lo que se ve compensado con un procedimiento de toma de decisiones más estricto acompañado de toda la información que puedan aportar los informes.

A priori, otra intervención que se podría considerar relevante a efectos de la aplicación de este tipo penal es la redacción de una convocatoria de un concurso en concurrencia competitiva, como por ejemplo la redacción del pliego de un contrato público. Es tal su relevancia que, como señala SÁNCHEZ MORÓN, supone una excepción a la regla general de que los actos de trámite no pueden ser impugnados⁵⁸⁰. No obstante, a mi juicio, el sujeto que lleva a cabo dicha tarea debe quedar fuera de los posibles sujetos activos de este tipo penal, pues su actuación difícilmente tendrá capacidad para condicionar la concreta resolución que se dicte en el procedimiento administrativo. La convocatoria de un concurso público es un acto administrativo general similar a la emisión de un reglamento que se caracteriza por dirigirse a una pluralidad indeterminada de sujetos, por lo que, a priori, tendrá carácter abstracto e impersonal⁵⁸¹. Por muy relevante que pueda considerarse esta intervención en el procedimiento no se puede decir que tenga capacidad para condicionar el sentido de la resolución. De hecho, no es un ámbito en el que el sujeto que tiene un interés esté obligado a abstenerse, pues en la redacción de una convocatoria raramente se puede hablar de la existencia de un interés. No obstante, la cuestión cambiaría si la convocatoria se redactara descaradamente muy orientada hacia un perfil concreto de un sujeto. Aquí, incluso podríamos hablar de

⁵⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho Administrativo...cit. pág. 541.

⁵⁸¹ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico*...cit. pág.509. De hecho, resulta revelador el hecho de que no obligue a abstenerse.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

que lo que se produce es un adelantamiento de la decisión administrativa, intervención que sí tiene transcendencia y que, por su puesto, obliga al sujeto a abstenerse.

Dicho esto, procedo a analizar las dos categorías de sujetos activos que llevan a cabo funciones transcendentales: aquellos que realizan funciones informativas y aquellos que llevan a cabo funciones decisorias.

A) Sujeto que emite un informe

El sujeto que emite un informe condiciona claramente el fondo del asunto. De hecho, las sentencias de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos relativas a actos administrativos de trámite han recaído sobre la emisión de informes. Por ello, tal como se ha apuntado, aunque la introducción del verbo “intervenir” aparentemente amplíe el círculo de sujetos activos, en realidad, las posibilidades reales de aplicar este tipo penal prácticamente quedan reducidas a dichas tareas informativas (emisión de informes, propuestas o dictámenes) y, por supuesto, a las resolutivas, que se analizarán con posterioridad. Como se pondrá de manifiesto a lo largo del epígrafe, hay que tener en cuenta que la definición de informe no debe estar estrechamente vinculada al concepto administrativo, sino que es más amplia y abarca cualquier tarea informadora como la emisión de propuestas, los dictámenes, incluso las tareas de asesoramiento, que pueden ser consideradas un informe verbal.

Los informes pueden ser preceptivos o facultativos y vinculantes o no⁵⁸², pero en cualquier caso se erigen como actos administrativos de gran importancia en el procedimiento que los exige. Así lo manifiesta la SAP de Islas Baleares 106/2000, de 23 de mayo⁵⁸³, sobre el delito de negociaciones prohibidas, con la retórica propia de este tipo de textos, exponiendo que “la exigencia de tal condicionamiento para la incriminación, responde obviamente a que el informe producido por razón del cargo incorpora un despliegue de opinión necesariamente fundamentada y argumentada en relación con las diferentes variables y circunstancias del caso, que se supone obediente al examen

⁵⁸² SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. pág. 512.

⁵⁸³ (ARP 2000\734)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

imparcial y desapasionado (no tendencialmente viciado) del funcionario o autoridad que lo emite; emisión que para nada responde a una actividad propia, intrínseca, pura o estricta decisión o resolución, sino que está llamada a plasmar un análisis ponderado que sirva de guía u orientación para tomar ulteriormente las decisiones o resoluciones que convengan, amparadas, apoyadas, sustentadas, o por lo menos necesariamente influidas a través de dicho análisis en tanto que el mismo debe ser desinteresado y justificado, y en base a cuyo sentido o conclusiones resultarán poderosamente condicionadas -cuando no estrictamente determinadas- las decisiones que de él arranquen”.

La omisión de un informe de carácter preceptivo o la ausencia de uno vinculante determinan, automáticamente, la invalidez de la resolución que se adopte, por lo que, indudablemente, son estos los que mayor relevancia tienen⁵⁸⁴. Esto no significa que para ser sancionado a través de este tipo penal haga falta que el informe que emita el sujeto activo ostente dichas características. Aunque corresponde a los responsables del procedimiento valorar la incidencia que se le otorga a un informe facultativo y no vinculante, sobre todo en caso de informes múltiples y contradictorios⁵⁸⁵, en la medida que son actos administrativos con capacidad para influir sobre el fondo del asunto, también son punibles. En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA PÉREZ respecto a la prevaricación urbanística, que señala que la importancia del informe se puede predicar tanto de aquellos preceptivos como facultativos, vinculantes o no vinculantes pues, al fin y al cabo, ambos generan los mismos riesgos, dado que si se acude precisamente a este tipo de actos administrativos es porque los órganos decisores carecen de los conocimientos técnicos necesarios para adoptar decisiones⁵⁸⁶.

En definitiva, cualquier tipo de informe es trascendental porque, para que el órgano político se pueda separar de lo dispuesto en uno de ellos, la ley le exige un esfuerzo motivador importante. Es por ello que el art 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. En este sentido, señala SÁNCHEZ MORÓN, “la

⁵⁸⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. pág. 512.

⁵⁸⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. pág. 512.

⁵⁸⁶ GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código penal”, en VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 1268.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

resolución contraria al contenido de cualquier informe que obre en el expediente, sin la necesaria justificación, máxime si es preceptivo, constituye un indicio de arbitrariedad ”, por lo que éste garantiza, en gran medida, que la decisión sobre el asunto administrativo se llevará cabo conforme al mismo. De esta relevancia a nivel administrativo de los informes se ha hecho eco el Derecho penal, que no se limita a sancionar la emisión de informes ilegales o arbitrarios en el ámbito del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, sino que ha ampliado el castigo de estas conductas a través de la previsión de prevaricaciones específicas como las que se encuentran tipificadas en los artículos 320, 322 y 329 del Código penal.

No todos los procedimientos administrativos exigen la emisión de informes, pero salvo aquellos muy sencillos será lo más habitual⁵⁸⁷. Según su contenido, los informes pueden ser jurídicos o técnicos. Los primeros se pronuncian sobre la conformidad o no de la propuesta de acto o disposición a la legalidad, mientras que los segundos sirven para valorar la viabilidad técnica o económica de un determinado proyecto, realizar un estudio de costes-beneficios, de impacto ambiental, etc. En cualquier caso, todos ellos se dirigen a que el órgano decisor pueda dictar una resolución con garantías de acierto, supliendo su falta de conocimientos⁵⁸⁸. Emiten informes jurídicos el Secretario del Ayuntamiento en el ámbito local que, además de llevar a cabo funciones de fedatario público, realiza funciones de asesoramiento legal preceptivo. Así, lo recoge el artículo 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que dispone que la función de asesoramiento legal preceptivo corresponde al Secretario u otros funcionarios técnicos, la cual comprende la emisión de informes en numerosas ocasiones⁵⁸⁹. De este modo, el Secretario del Ayuntamiento podría incurrir en este tipo

⁵⁸⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. pág. 512.

⁵⁸⁸ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág. 484 y 485.

⁵⁸⁹ Artículo 3

La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

- a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.
- b) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial. En estos casos, si hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última, asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe.
- c) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal exprese así lo establezca.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

penal cuando como particular solicite la tramitación de una licencia, una subvención, etc. y como como funcionario público no se abstenga, sino que informe favorablemente dicha decisión.

Respecto de los informes técnicos, éstos suelen ser necesarios, sobre todo aquellos de carácter preceptivo, en los procedimientos relacionados con la concesión de licencias, especialmente urbanísticas, que exigen el conocimiento experto de arquitectos, ingenieros, licenciados y diplomados en temas urbanísticos, ambientales y demás materias sectoriales. Por ello, no resulta sorprendente que la prevaricación urbanística prevista en el artículo 320 y otras específicas castiguen no sólo al sujeto que resuelve, sino también al que informa, pues el otorgamiento de una licencia que autoriza a ejecutar una actividad urbanística lesiva para el entorno urbano depende fundamentalmente del informe técnico que se emita y es precisamente esto lo que permite equiparar ésta actividad a la resolutive⁵⁹⁰. La importancia de los informes en el urbanismo también se deduce de la jurisprudencia relativa al delito de negociaciones prohibidas, en la que la mayoría de sentencias relativas a informes se dan en este ámbito y han recaído sobre sujetos con la condición de arquitecto técnico⁵⁹¹. La acusación del Tribunal por el delito de negociaciones prohibidas y no por el de prevaricación urbanística se debe a que en la redacción vigente antes de 2010 quedaban fuera del 320 del Código penal informes administrativos como los estudios de detalle, proyectos de urbanización, parcelación, movimientos de tierra, que sí podían ser castigados a través del 439 del Código penal⁵⁹².

d) Informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya legalidad pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

e) Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal.

⁵⁹⁰ En este sentido GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones...”cit. pág. 1267.

⁵⁹¹ Como ejemplo se puede poner la SAP Madrid 703/ 2013, de 29 de mayo, (JUR 2013\222732) en la que arquitectos municipales emitieron informes favorables a proyectos que ellos mismos realizaban de forma privada, la SAP Coruña 235/2007, de 4 junio, (ARP 2007\530) en la que el arquitecto técnico informa favorablemente un estudio de detalle en la que se aumenta la densidad permitida de la edificación de un proyecto de su propio estudio. También la reciente STS 613/2016, de 8 de julio (RJ 2016\3170), en la que un geólogo y funcionario técnico realiza diversos informes favorables a la contratación de la empresa de la que su mujer y su hija son socias y de la que él mismo también se beneficia económicamente.

⁵⁹² Crítico con la regulación de la prevaricación urbanística anterior a 2010 que dejaba fuera del tipo la emisión de algunos informes en la materia GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones...”cit. pág. 1272.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

En la contratación pública, que es el ámbito administrativo sobre el que más sentencias del delito de negociaciones prohibidas han recaído⁵⁹³, también intervienen sujetos que emiten informes técnicos en algunos procedimientos. Los sujetos encargados de la función de elegir al contratista tienen, por lo general, el carácter de autoridad. No obstante otro tipo de órganos asisten a estos de carácter político, como la mesa de contratación, cuyos miembros de carácter técnico y político, se encargan de la valoración de las ofertas y de formular la propuesta de resolución en los procedimientos abiertos, restringidos, así como en los negociados con publicidad⁵⁹⁴. La mesa de contratación realiza una propuesta dirigida al órgano decisor, por lo que se puede decir que emite un informe técnico que, aunque no es vinculante, obligará a éste a motivar adecuadamente su decisión en caso de apartarse de lo propuesto por ésta (art. 160.2 de la TRLCSP). Para emitir su propuesta la mesa de contratación también podrá recabar cuántos informes estime necesarios en los que pueda fundar su propia valoración, especialmente cuando para la valoración de las proposiciones puedan tenerse en cuenta criterios distintos al precio (160 de la TRLCSP)⁵⁹⁵.

A pesar de que algunos procedimientos de contratación incorporan la posibilidad de emitir informes, no ha recaído ninguna sentencia de negociaciones prohibidas en el ámbito de la contratación en la que se sancione a un sujeto integrante de la mesa de contratación por emitir un informe. Esto no resulta extraño si tenemos en cuenta que este órgano sólo interviene en los procedimientos que gozan de una mayor transparencia y publicidad que, como se señaló en su momento, son los menos habituales en la práctica. En la mayor parte de sentencias de negociaciones prohibidas sobre contratación, el procedimiento elegido suele ser el de adjudicación directa, el negociado sin publicidad o, a veces, incluso se prescinde del mismo. Es decir, se emplean procedimientos en los que no se exige la emisión de informes. Por tanto, aunque virtualmente podrían ser sujetos típicos del delito de negociaciones prohibidas, los miembros de la mesa de contratación difícilmente lo serán en la práctica. A menos que con la trasposición de las nuevas

⁵⁹³ Aunque ninguna relativa al deber de informar

⁵⁹⁴ Sin embargo, como se puso de manifiesto en su momento, este tipo de procedimientos son, en contra de lo dispuesto por el TRLCSP, excepcionales en la práctica, pues lo habitual es que se acuda a aquellos procedimientos de contratación como el negociado sin publicidad o incluso la adjudicación directa que tienen menos requisitos y sus exigencias de transparencia y publicidad son menores.

⁵⁹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...*cit. pág. 626.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

directivas en materia de contratación, el legislador español decida prescindir de los procedimientos con menos publicidad (adjudicación directa y negociado sin publicidad) y conviertan el paso por la mesa de contratación en un trámite obligatorio. En caso de que esto tenga lugar se podría producir un desplazamiento del delito a los sujetos que emiten informes, aumentando los casos de miembros de este órgano colegiado que incurrir en este tipo penal.

Respecto al procedimiento de concesión de ayudas públicas sobre el que también hay supuestos de negociaciones prohibidas en la jurisprudencia⁵⁹⁶⁵⁹⁷, también hay sujetos que pueden emitir informes, dado que su instrucción suele corresponder a un órgano técnico colegiado distinto del órgano concedente. Este órgano técnico, a su vez, debe realizar de oficio las actuaciones, solicitar los informes que considere necesarios, evaluar las solicitudes conforme a los criterios de valoración establecidos y emitir un informe en que se concrete el resultado de la evaluación efectuada. En virtud del mismo se llevará a cabo una propuesta de resolución motivada que, a efectos administrativos, tiene el valor de informe en el que se basará la resolución, que debe ser igualmente motivada⁵⁹⁸. El procedimiento es muy similar al expuesto anteriormente, por tanto, podrán ser sujetos de este tipo penal tanto los sujetos que realizan la propuesta como aquellos que adoptan la decisión final.

Además de los escritos, también hay sujetos que pueden influir en el procedimiento a través de informes verbales. Se puede considerar un informe verbal aquel que tiene lugar ante un órgano colegiado cuando uno de los miembros del mismo tiene voz, pero carece de voto. Este es tan trascendental como cualquiera de carácter escrito. Esta situación se puede dar, según el artículo 19 de la LRJSP, en los órganos de la Administración general del Estado cuando un sujeto participe como secretario en un órgano colegiado sin ser parte del mismo. Esto viene a poner de manifiesto que, en realidad, el concepto de informe que castiga el tipo penal de negociaciones prohibidas es amplio y no limitado al que establece el ordenamiento administrativo. Así, de hecho, se

⁵⁹⁶ Por ejemplo, la SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 julio (2012\788) en la que se juzga a la presidenta y el Vicepresidente del Parlamento balear por conceder subvenciones a una productora audiovisual, la mitad de la cual habían adquirido mediante testaferros.

⁵⁹⁷ Aunque no relativos a sujetos que hayan emitido informes.

⁵⁹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 826.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

pronuncia la reciente STS 613/2016, de 8 de julio⁵⁹⁹, en la que la defensa alega que la actividad que realiza el acusado no es propiamente la de elaborar un informe, a lo que el tribunal responde que “elaborar memorias justificativas en las que se propone la contratación de una empresa es *informar*. También la acción de visar encaja con el concepto material de informar (poner el visto bueno a un certificado o documento equivale a informar favorablemente)”. Ahora bien, conviene recordar que dicha tarea, la de “informar”, ha de formar parte de las actividades que el propio funcionario desarrolla en el ejercicio de su cargo y no una conducta de recomendación o asesoramiento que espontáneamente decide llevar a cabo al margen de las mismas. Por consiguiente, no constituye un informe a efectos de la aplicación de este tipo penal un consejo a otro sujeto o incluso influir sobre el mismo para que emita una resolución. Esta conducta podría integrar otro tipo penal como el de tráfico de influencias si se cumplen sus requisitos típicos.

B) Sujeto que decide

Las intervenciones en el procedimiento administrativo que más influencia tienen sobre el fondo del asunto son, evidentemente, aquellas de carácter decisorio. Resolver es la intervención más importante porque produce efectos definitivos en el sistema social que afectan directamente a los ciudadanos, dado que constituye una declaración de voluntad de la Administración y tiene carácter conclusivo en el procedimiento. Por ello son los sujetos que deciden los que con más frecuencia han sido sancionados a través de este tipo penal por nuestros tribunales, pues lo lógico es que se corrompa quien tiene más capacidad de influir sobre el fondo del asunto. Por lo general en la Administración pública española, las personas que ejercen este tipo de funciones tienen la condición de autoridad pública, pues son las investidas de autoridad las que ejercen funciones de representación de la Administración como persona jurídica⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ (2016\3170)

⁶⁰⁰ El criterio de designación de los titulares que pueden ejercer dicha representación jurídica de los órganos administrativos a nivel territorial se conforma en virtud de criterios de representación política ya sea indirecta, (como el gobierno de la nación y su presidente, los gobiernos de las CCAA y el alcalde...) o de forma directa (Pleno de los ayuntamientos...). SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo...* cit. pág. 242.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Como ya se ha puesto de manifiesto, una mayor responsabilidad en el procedimiento administrativo permite aumentar las posibilidades de que el sujeto se deje llevar por el interés privado que aquel que ejerce funciones de escasa transcendencia en la jerarquía administrativa. Así, quien decide tiene más probabilidad de corromperse que quien simplemente realiza trámites burocráticos⁶⁰¹. En consecuencia, aunque los informes son actos administrativos con una gran importancia dentro del procedimiento, especialmente aquellos de naturaleza vinculante, lo cierto es que es más probable que se den conductas con relevancia penal en el marco de actuaciones decisorias. Asimismo, como se puso de manifiesto a lo largo del análisis de subsidiariedad, las personas que ostentan el carácter de autoridad pública, sobre todo a nivel local, carecen de un sistema de sanciones creíble que, al margen de la responsabilidad política, les obligue a rendir cuentas por la comisión de determinadas conductas dañosas. Esta situación, junto con el hecho de que su vinculación con la Administración pública es temporal, puede dar lugar a que estos sujetos perciban un cierto grado de impunidad que favorezca la comisión de delitos. Por el contrario, quienes emiten informes, suelen ser empleados públicos y su vinculación a la Administración pública es permanente, lo que puede estar contribuyendo a que se corrompan en menor medida, tal y como indican determinados estudios empíricos en la materia⁶⁰².

Como he anticipado, la toma de decisiones administrativas corresponde en gran medida a individuos que gozan del carácter de autoridad u otros cargos electos. En el caso de la contratación en la Administración general del Estado, el propio TRLCSP en su artículo 316 establece que la competencia para contratar es de Ministros y Secretarios de Estado y presidentes y Directores de organismos autónomos, que podrán delegar por Real Decreto o desconcentrar dichas competencias⁶⁰³. En el ámbito de la Administración local, que es en el sector en el que más sentencias sobre negociaciones prohibidas han recaído, las competencias como órgano de contratación de aquellos contratos relativos a obras, suministros, servicios gestión de servicios públicos, contratos administrativos especiales y privados que no superen el diez por ciento de presupuesto ni, en cualquier caso, la

⁶⁰¹ Como señala JAREÑO LEAL “parece difícil plantearse la posibilidad de abusar del cargo si no se tiene una mínima capacidad decisoria en el organismo administrativo”. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. 99. En igual sentido DELGADO GIL, A. “La nueva redacción...”cit. pág. 40.

⁶⁰² VILLORIA MENDIETA, M y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010)”...cit. pág. 115.

⁶⁰³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 612.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

cuantía de seis millones de euros, corresponderá a los alcaldes y a los presidentes de la corporación local. En el resto de casos, corresponden al Pleno de la entidad (Disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP⁶⁰⁴. De este modo, la ley otorga mucho poder de decisión a la figura del alcalde, incluso por encima del pleno, pues teniendo en cuenta los requisitos expuestos, especialmente el económico, raramente una decisión en materia de contratación corresponderá a dicho órgano colegiado. De hecho, no sólo sucede en la contratación, en el ámbito local es el alcalde el que más facultades tiene en materia de otorgamiento de licencias y contratos⁶⁰⁵. Por eso, como afirma SÁNCHEZ MORÓN, “nuestra legislación establece un alcalde «fuerte» colocándolo en el centro del sistema del gobierno local, incrementando sus funciones a costa del Pleno”⁶⁰⁶. A él le corresponden muchas decisiones en este ámbito y por ello no resulta extraño que las sentencias recogidas sobre este tipo penal, y sobre otros similares, haya sido el sujeto activo más común del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

Asimismo, las decisiones en la Administración pública también pueden adoptarse por la votación de los miembros de órganos colegiados como sucede, por ejemplo, a nivel local a través del Pleno. Por tanto, los miembros del Pleno o de otros órganos colegiados que tomen decisiones en materia de contratos u otros actos administrativos favorables pueden ser sujetos activos de este tipo penal. El Pleno tiene competencia sobre una serie de actos o decisiones administrativas de especial importancia entre las que se encuentran los contratos, concesiones, aprobación de los proyectos de obras y servicios, así como la adquisición de bienes y derechos en los casos de más de una determinada cuantía, etc.⁶⁰⁷. No obstante, este órgano colegiado puede delegar algunas de dichas competencias en el alcalde o en la Junta de Gobierno local según el 22.4 de la LBRL⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Vid GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico*...cit. págs. 804-805.

⁶⁰⁵ Así, el artículo 21 apartado o) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que puede ser adoptada por el alcalde “la aprobación de los proyectos de obras y de servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y estén previstos en el presupuesto” y el apartado q) de dicho artículo le otorga competencias en el otorgamiento de licencias salvo que las leyes se la adjudiquen al Pleno o a la Junta de Gobierno Local.

⁶⁰⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 376.

⁶⁰⁷ Tal y como establecen el 22.2 de la LBRL y la Disposición adicional segunda de la TRLCSP.

⁶⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*...cit. pág. 374.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La regla general para la adopción de acuerdos en la Administración local es que los mismos se adopten por mayoría simple de los miembros presentes en el Pleno (47.1 LBRL) y en caso de empate se efectuará una nueva votación en la que el alcalde que preside dicho órgano tiene voto de calidad (46.2 d LBRL).

En definitiva, el sujeto activo del precepto objeto de análisis es aquel que interviene oficialmente en un procedimiento a través de un informe, un voto o una resolución con la intención de procurarse una participación en el mismo asunto en el que interviene. Así, podrá tratarse de un empleado público, como por ejemplo el secretario del ayuntamiento o un arquitecto técnico, ya que en la Administración española suelen ser este tipo de sujetos los que emiten los informes, tanto jurídicos como técnicos, pero también podrá tener el carácter de autoridad, como alcalde o concejal, ya que estos son los sujetos que suelen adoptar la mayor parte de las decisiones en el sistema administrativo español. Por ello no resulta extraño que sean los sujetos con la condición de alcalde y concejal los que más delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos cometen.

3.3.2 La conducta típica

3.3.2.1 Intervenir oficialmente en un asunto con la intención de procurarse una participación en el mismo

Analizadas las características que debe tener el sujeto activo de este precepto penal, el siguiente paso es profundizar sobre la conducta típica. No obstante muchos de los aspectos destacables de la misma ya han sido adelantados con el análisis del sujeto activo. En el epígrafe anterior se ha puesto de manifiesto que la conducta del sujeto activo debe consistir en intervenir oficialmente en un asunto administrativo a través de una conducta propia del cargo con suficiente transcendencia como para condicionar la decisión que se adopte. A este efecto, las únicas intervenciones que se han identificado como relevantes han sido la emisión de un informe, un voto o una resolución. Dicho esto, aunque el acceso a la conducta típica se haya complicado por la incorporación de términos y verbos típicos nuevos, en realidad, no dista mucho de la que se encontraba regulada en

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

el Código penal de 1973, que consistía en intervenir oficialmente en un asunto administrativo persiguiendo un interés⁶⁰⁹.

La conducta típica consiste en intervenir en un asunto, aprovechándose que se tiene el deber de actuar oficialmente en el mismo para procurarse un interés, el cual se define desde 1995 por el Código penal como una participación en un negocio o actuación. Ahora bien, aclarado que el interés del autor ha cambiado en la regulación de 1995, la doctrina se plantea si el sujeto a través de su intervención ha de procurarse efectivamente una participación o si, por el contrario, ésta ha de ser ésta su intención, sin necesidad de que llegue a producirse. Es decir, si la conducta tipificada en el Código penal es de carácter finalista, tendente a la producción de un determinado resultado que no debe ser conseguido por el sujeto, o si dicha participación debe ser efectivamente obtenida por el autor. Este debate doctrinal sobre dónde situar el momento de la consumación del tipo no sólo surge a raíz de la redacción del precepto tras las modificaciones introducidas en 1995, sino que también se planteaba con el anterior 401 que utilizaba el verbo “interesarse”⁶¹⁰.

Cada una de las dos opciones sitúa la consumación penal en un momento diferente. La primera, que exige que el sujeto se procure efectivamente una participación, retrasa dicho momento hasta que el sujeto obtiene el interés perseguido que, como mínimo, tendrá lugar cuando se dicte la resolución con contenido favorable a los intereses del sujeto activo. La segunda requiere que el funcionario actúe en el procedimiento con la intención de procurarse una participación. Esto significa que el tipo penal se consumaría simplemente con su intervención interesada en el procedimiento a través de la emisión de un voto, un informe o una resolución, sin necesidad de esperar a que el sujeto obtenga el beneficio perseguido (la participación), lo que tendría lugar con la emisión de una resolución favorable a sus intereses. Con la primera interpretación, sea cual sea la intervención que lleve a cabo el sujeto en el procedimiento, para poder castigar al sujeto activo habrá que esperar a que se emita una resolución favorable a sus intereses.

⁶⁰⁹ Aunque hay autores que consideran que la conducta recaía sobre el verbo “interesarse” y no sobre el de “intervenir”, lo que otorgaba al tipo mucha inseguridad jurídica dado que interesarse puede abarcar diferentes conductas e, incluso, algunas de ellas de escasa gravedad. Consideraban que la conducta consistía en interesarse en la anterior redacción LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio...”cit. pág. 423.

⁶¹⁰ Como señalaba SANCINETTI, ambas interpretaciones resultaban compatibles con la expresión “interesarse en un contrato u operación...” a la que aludía el anterior precepto. “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 880.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Con la segunda, para que se dé el tipo penal bastará con que en el procedimiento, el sujeto activo emita un informe, una resolución o un voto con la intención de procurarse una participación (sin necesidad de que dicha resolución se emita). Desde la perspectiva de esta interpretación se podrá sancionar, además de al funcionario que emite una resolución que le otorga la participación en un asunto, a aquel que emite un informe o un voto con dicha intención, mientras que con la primera siempre habrá que esperar a que se emita una resolución favorable a los intereses del autor.

La mayor parte de la doctrina española se ha pronunciado a favor de la primera opción⁶¹¹. Así, MIR considera que “resultaría forzada y difícilmente comprensible otra interpretación que concibiese el tipo como «mutilado de dos actos», exigiendo sólo la realización del verbo «se aproveche» y considerando en cambio suficiente que la expresión «para forzar o facilitarse cualquier forma de participación» requiriese únicamente un elemento subjetivo del tipo, un objetivo final que no fuera necesario conseguir”. De este modo, continúa el autor, “¿Qué sería el *aprovecharse* si no se entiende precisamente como el resultado de la efectiva consecución de alguna forma de participación? Adviértase que la ley no se contenta con que el sujeto se aproveche para *intentar* forzar o facilitarse la participación, sino para forzar o facilitarse la misma”⁶¹². En el mismo sentido también se pronuncia JAREÑO LEAL, que considera que la alusión al verbo aprovecharse exige que se dicte una resolución favorable a los intereses del sujeto activo. La autora expone que “para su consumación el precepto penal exige que haya existido una *participación* en el negocio público, cuando dispone que el funcionario se

⁶¹¹ En este sentido, MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 327; JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. págs. 27-29; ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...”cit. pág. 673; CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 598-599; DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios*...cit. pág. 167; SERRANO GÓMEZ, A. *Curso de Derecho penal*...cit. pág. 683; CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades*...cit. pág. 364; STS 1823/2000 de 27 de noviembre (RJ 2000/9749); SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 de mayo (ARP 2012\788); GARCÍA ESPAÑA, E. GARCÍA ESPAÑA, E. “Negociaciones y actividades prohibidas...”cit. pág. 59. En sentido contrario SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...”cit. págs. 880-881; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 155; ACALE SÁNCHEZ, M. “Lección 25. Delitos contra la Administración pública (II)”, en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016, pág. 218; Las SSTs 1887/2002, de 13 de noviembre, (RJ 2002/10085), 73/2001, de 19 de enero, (RJ 2001/399); SAP Islas Baleares 317/2014, de 17 noviembre, (JUR 2015\68525).

⁶¹² MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 327. Sitúa también la consumación en el momento de la participación DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios*...cit. pág. 167.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

aproveche de su función para lograr cualquier forma de «participación en tales negocios o actuaciones»⁶¹³.

Sin embargo, a pesar de la opinión cualificada de estos autores, considero que esta opción restringe innecesariamente el tipo penal y no se ajusta adecuadamente ni a una interpretación literal del precepto, ni a una interpretación teleológica atendiendo al bien jurídico protegido. Desde el punto de vista del tenor literal del precepto, ambos autores apuntan a que el significado gramatical del verbo aprovecharse exige que efectivamente se consiga un resultado de aprovechamiento, la participación en un asunto, el cual es definido en el precepto como la participación en un negocio o actuación. No obstante, a mi juicio, la alusión “aprovecharse de tal circunstancia” se vincula con la conducta de intervenir, no con la participación. Por tanto, según la opinión que aquí mantengo, el sujeto se aprovecha de las funciones propias del cargo, es decir, abusa de las mismas con la intención de procurarse una participación (persiguiendo la obtención de un provecho). No obstante, “aprovecharse” no deber ser interpretado en el sentido de que el tipo exige la efectiva obtención de una ventaja. De hecho, la primera acepción del verbo aprovechar y la más importante alude a “emplear útilmente algo, hacerlo provechoso”, que es lo que el funcionario hace con sus atribuciones, pues las pone al servicio de la obtención de un interés personal. Por consiguiente, aprovecharse del cargo significa prevalerse del mismo para procurarse una participación, pero no exige que la misma deba conseguirse.

Además, señala MIR PUIG, para interpretar que existe un elemento subjetivo de lo injusto tendente a que el sujeto se procure una participación, la redacción del tipo debería ser “para *intentar* forzar o facilitarse” y no simplemente “para forzar o facilitarse”⁶¹⁴. En contra de lo que manifiesta este autor, considero que la preposición “para” ya aporta gramaticalmente a la conducta el significado de “tender a” o “dirigirse hacia” que exigiría un elemento subjetivo de lo injusto, por lo que para alcanzar este sentido no hace falta la inclusión del verbo “intentar”⁶¹⁵. En consecuencia, la locución que propone el autor, “intentar forzarse o facilitarse”, más que una necesidad del elemento

⁶¹³ Para ello, como dice la autora, basta con que el funcionario que debe intervenir en el procedimiento haya conseguido para su empresa la adjudicación del contrato, o de una subvención pública, aunque no haya iniciado su disfrute. JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. pág. 27.

⁶¹⁴ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 327.

⁶¹⁵ En el mismo sentido la SAP de Cádiz 418/2015, de 29 de octubre (JUR 2016\83330).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

subjetivo de lo injusto supondría una redundancia. De hecho, no hay más que acudir a otros preceptos del Código penal para comprobar que el legislador suele recurrir a la preposición “para” cuando quiere introducir un elemento subjetivo de lo injusto, sin necesidad de recurrir a términos como “intentar” o “tender a”⁶¹⁶.

En cualquier caso, el argumento de mayor peso para rechazar que el tipo penal se consuma cuando el funcionario obtiene el interés perseguido con su conducta (la participación en un negocio o actuación) es una interpretación teleológica conforme al bien jurídico. Como ya se puso de manifiesto cuando se identificó la lesión del objeto de tutela, ésta tiene lugar en el momento en que el sujeto interviene interesadamente en el procedimiento administrativo, emitiendo un voto, un informe o una resolución parcial⁶¹⁷. A partir de ese momento se produce un trato desigual por parte de la Administración hacia los administrados, que los coloca en una posición injustamente diferente para obtener beneficios administrativos, impidiendo que compitan en condiciones de concurrencia competitiva e irrogando en el sistema social los efectos negativos que se señalaron en su momento. Dicho esto, si el tipo penal exigiese la emisión de una resolución favorable a los intereses del sujeto activo para poder intervenir a través de este precepto, el Derecho penal estaría interviniendo tarde, una vez que se ha lesionado el bien. Así, si se sanciona únicamente la emisión de una resolución favorable a los intereses del sujeto, se dejan de sancionar otros comportamientos que suponen un menoscabo del objeto de tutela y que, como se expuso en su momento⁶¹⁸, son aquellas consistentes en la emisión de un informe o un voto parciales, incluso cuando no van seguidas de una resolución favorable a los intereses del sujeto activo.

Dicho esto, la interpretación restrictiva que propone este sector de la doctrina, a mi juicio, es contraria al objetivo político criminal que pretende satisfacer el precepto. Por ello, en mi opinión, si hay dos opciones posibles, la que hace coincidir el momento de consumación con la lesión del bien jurídico y la que sólo castiga al funcionario en caso

⁶¹⁶ Así sucede, por ejemplo, en el descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197, que dispone que “El que, *para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro* sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes...”. El de matrimonios ilegales del artículo 218.1 que señala que “El que, *para perjudicar al otro contrayente*, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años

⁶¹⁷ Cfr. Capítulo I. Epígrafe 1.5.

⁶¹⁸ Cfr. Capítulo I Epígrafe 1.4.3

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

de que se produzca un tipo de lesión concreta, la emisión de una resolución, lo preferible será escoger la primera de ellas. En definitiva, desde el punto de vista de la estructura típica, la obtención de la participación en un negocio o actuación no es el resultado que el tipo exige, sino un elemento subjetivo de lo injusto.

Ahora bien, para saber qué papel desempeña este elemento subjetivo de lo injusto, habrá que acudir a la doctrina general sobre estos componentes del tipo. Señala GIL GIL que las clasificaciones de los elementos subjetivos de lo injusto por la doctrina son muy diversas, pero que normalmente van orientadas a describir su significado semántico más que a identificar el rol que ejerce éste en el tipo⁶¹⁹. Así, según su sentido, los delitos serán clasificados en delitos de intención, que dan lugar a los delitos mutilados de dos actos o de resultado cortado, de tendencia o de expresión⁶²⁰. No obstante, como demuestran las disparidades doctrinales en esta materia, no resulta fácil distinguir cuando un delito es de tendencia o de intención. De este modo, CEREZO MIR y JESCHECK califican el ánimo de lucro en el hurto como una intención⁶²¹, mientras que MIR PUIG lo identifica como una tendencia interna transcendente⁶²². Por ello, como apuntaba la autora anteriormente citada, más importante que identificar el significado es conocer el papel que en el tipo penal juega el elemento subjetivo de lo injusto. De este modo, la autora añade que estos elementos pueden cumplir dos funciones, identificar la lesión del bien jurídico o el menoscabo concreto de éste que el legislador ha querido sancionar⁶²³. Así, aquellos elementos subjetivos que pretenden reconocer la lesión del objeto de tutela determinan un adelantamiento de las barreras de protección, anticipando el momento de consumación del correspondiente tipo delictivo. Un ejemplo lo constituye el delito de tenencia de moneda falsa, cuya lesión sólo se produce cuando ésta se expide o distribuye. En cambio, en otros tipos penales el elemento subjetivo no pretende identificar la lesión, sino

⁶¹⁹ GIL GIL, A. "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº6 (2000), pág. 105.

⁶²⁰ Hace esta clasificación tripartita CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte General*. Vol II. Tecnos. 2006, pág.122; MIR PUIG, S. *Derecho penal*...cit. pág. 288; JESCHECK H.H/WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts*...cit. págs. 319-320.

⁶²¹ Vid. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal*...cit. pág. 122; JESCHECK H.H/WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts*...cit. págs. 319; MIR PUIG, S. *Derecho penal*...cit. pág. 288.

⁶²² MIR PUIG, S. *Derecho penal*...cit. pág. 288.

⁶²³ GIL GIL, A. "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº6 (2000), pág. 111. En el mismo sentido, JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*...cit. pág. 308.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

restringir el tipo para castigar sólo alguna modalidad de ataque contra el bien jurídico. Así, señala la autora anteriormente citada, el ánimo de lucro en el hurto, independientemente de que se interprete como fin o como tendencia, formará parte del segundo grupo (el que va orientado a identificar la concreta lesión que el legislador quiere sancionar), pues viene a restringir el tipo de esta figura a un determinado menoscabo, dejando impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien como por ejemplo el hurto de uso⁶²⁴. De hecho, según JAKOBS, en todos los delitos en los que el sujeto activo persigue la obtención de un beneficio, el elemento subjetivo va orientado a identificar la clase de lesión que el legislador quiere sancionar⁶²⁵.

Al igual que sucede con el ánimo de lucro en el delito de hurto, el procurarse una participación en un negocio o actuación identifica una tendencia que concreta la lesión del principio de imparcialidad que el legislador quiere sancionar a través del delito de negociaciones prohibidas. De este modo, el legislador no sanciona cualquier intervención parcial del sujeto en el asunto, sino solo aquella que se orienta a la obtención de una participación (un beneficio personal). De este modo, el elemento subjetivo de lo injusto va orientado a restringir el alcance de la conducta típica, al limitar su castigo a algunos supuestos en los que se lesiona la imparcialidad.

Dicho esto, conviene recordar que aunque este precepto penal no exige que el sujeto deba procurarse efectivamente una participación en el negocio o actuación, la emisión de una resolución ilegal y tampoco la obtención de un beneficio económico por parte del funcionario o un perjuicio para el erario público no significa que nos encontremos ante un delito de peligro, tal y como afirma un sector de la doctrina y de la jurisprudencia⁶²⁶, pues el menoscabo del bien jurídico no aparece vinculado con ninguno

⁶²⁴ GIL GIL, A. "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº6 (2000), pág. 111. De la misma opinión respecto al delito de hurto JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*...cit. pág. 308.

⁶²⁵ JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*...cit. pág. 308.

⁶²⁶ Consideran que nos encontramos ante un delito de mera actividad: CASTRO MORENO, A. "Negociaciones prohibidas..."cit.; MESTRE DELGADO, E. "Delitos contra la Administración pública" en VV. AA. LAMARCA PÉREZ, C. (Coord). *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. Colex. Madrid. 2013, pág. 738; PALOMO DEL ARCO, A. "Negociaciones prohibidas"...cit. pág. 248; CATALÁN SENDER, J. "El delito de Negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código Penal" en *Actualidad Penal*, nº 26, 1998, pág. 533. En la jurisprudencia, las SSTS 73/2001 de 19 de enero (RJ 2001\399); 1887/2002 de 13 de noviembre (RJ 2002\10085); Auto AP Cáceres 36/1999 (ARP1999\2183); SAP de Madrid 703/2013 de 29 de mayo (JUR 2013\222732); SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 de mayo (ARP 2012\788).

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

de estos efectos, sino con la emisión de un informe, un voto o una resolución que puedan ser calificados como interesados o parciales.

Una vez señalado que la conducta del delito de negociaciones prohibidas es de carácter finalista y que consiste en perseguir la participación en un negocio o actuación, el resto de cuestiones relativas a cómo debe interpretarse la participación y los demás aspectos relativos a este elemento típico serán abordados en el tipo subjetivo. En cualquier caso, hay una cuestión que conviene precisar de antemano y es que el hecho de que el sujeto persiga la participación en un asunto (que tendrá lugar con la emisión de una resolución que efectivamente adjudique un contrato u otro acto administrativo) no significa que dicho contrato o acto administrativo deba ser económicamente ventajoso o que deba proporcionar al funcionario un beneficio inmediato.

3.3.2.2 La relación de la conducta típica con la infracción del deber de abstención

Como ya se ha puesto de manifiesto, la conducta típica consiste en intervenir en un asunto administrativo (informando, votando o resolviendo) con la intención de procurarse una participación en un negocio o actuación. A pesar de la defectuosa redacción, se observa claramente que el injusto de este tipo penal recae sobre la infracción del deber de abstención del funcionario público, prevista en el artículo 23.2 a) de la LRJSP y en otras leyes administrativas. De hecho, el objetivo político criminal del precepto fue siempre, tal y como se ha expuesto a lo largo de la evolución histórica, evitar que en los asuntos en los que los funcionarios tienen que intervenir oficialmente lo hagan persiguiendo un interés personal, el cual queda limitado únicamente a la obtención de una participación por parte del sujeto. Por ello, aunque no aluda a él expresamente, como sí lo hace su homónimo italiano, y no aparezca tan claro como en la redacción típica de 1973 (que aludía a “interesarse”), nos encontramos ante un sujeto que infringe el deber de abstención e interviene en un asunto en el que tiene un interés personal, con el objetivo de procurarse una participación.

La idea de que el injusto típico recae sobre la infracción del deber de abstención administrativamente establecido ha sido defendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia anterior y posterior a 1995. MORILLAS CUEVA señala que la base

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

diferenciadora y nuclear de este tipo descansa sobre el deber de abstención del funcionario en determinadas circunstancias⁶²⁷. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias como la 920/2001, de 16 mayo⁶²⁸, en la que indica que “resulta evidente que el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se integra por un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la Administración como a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el art. 103”. Sin embargo este delito no castiga cualquier infracción de cualquiera de las causas que obliga al sujeto a abstenerse previstas en el artículo 23 de la LRJSP. De entre todas las causas-motivo dispuestas en dicho artículo: tener un interés personal en el asunto que se trate, tener vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, tener amistad íntima o enemistad manifiesta, haber intervenido como perito o como testigo, etc. a la única que parece referirse el tipo penal es a la mencionada en primer lugar. Esto se debe a que el precepto alude a que el sujeto activo se aproveche de su condición de funcionario “para forzarse o facilitarse una participación en el negocio o actuación directa o por persona interpuesta”. Es decir, que dicho negocio o actuación es lo que suscita el interés personal del sujeto activo, la intención de participar en el mismo. Es éste, además, de entre todos los motivos previstos, tal y como se apuntó cuando se analizó la conducta a la luz del principio de fragmentariedad, el que más capacidad corruptora tiene y el más grave, pues no hay un interés privado más reprochable que el propio interés personal.

Ahora bien, aunque la idea de que el deber de abstención es el que subyace a este tipo penal ha suscitado un gran consenso doctrinal, también ha sido objeto de algunas críticas. En primer lugar, porque tanto la doctrina como la jurisprudencia han reiterado la idea de que la infracción del deber de abstención carece de consecuencias dañosas en el sistema social. Así, numerosas sentencias han reiterado este pensamiento e incluso han

⁶²⁷ MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51. Delitos contra la Administración pública (IX)...cit. pág. 995; JAREÑO LEAL, A. El delito de negociaciones...cit. pág. 46-47. En el mismo sentido NIETO MARTÍN, A. *Nociones fundamentales*...cit. pág. 481; REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades...” cit. pág. 487; MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. *Comentarios*...cit. pág. 1797. En la jurisprudencia : STS 73/2001 de 19 de enero (RJ 2001/399) “el delito se vertebra sobre el quebrantamiento del deber de abstención”; SSTS 965/1998 de 17 julio (RJ 1998/5841), 920/2001 de 16 mayo (RJ 2001/5512), 2208/2001 de 26 de noviembre (RJ 2002/620); SAP de Girona 224/1998 de 30 noviembre (ARP 1998/4416); SAP Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999/2520); Auto AP Cáceres 36/1999 (ARP1999/2183); SAP Cádiz 418/2015, de 29 de octubre,(JUR 2016/83330).

⁶²⁸ (RJ 2001/5512)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

absuelto a sujetos utilizando el argumento del principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, considerando que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo no es suficientemente trascendente como para ser sancionada a través de este precepto. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia 2208/2001, de 26 de noviembre⁶²⁹, que señala que “se constata una falta de ética pública en el recurrente que debió abstenerse de intervenir en esa operación...”⁶³⁰. En esta misma dirección se dirige la STS 965/1998, de 17 de julio⁶³¹, en la que, a pesar de considerarse que es el deber de abstención el que fundamenta este tipo penal, el tribunal afirma “la razón del delito es defender el interés de la Administración pública, más moral que patrimonial...”.

La razón por la que la jurisprudencia considera que es un delito que sólo produce consecuencias “éticas o estéticas” la apunta la SAP de Girona 224/1998, de 30 noviembre⁶³², que señala “tal incumplimiento, por el contrario, no necesita, para la consumación delictiva, a) que exista una lesión efectiva en el correcto funcionamiento de la Administración, b) que exista la pretensión de lograr un beneficio que sea injusto, c) que se alcance el beneficio personal o económico que se busca, y d) ni siquiera que se persiga la adopción de un acto ilegal. Todo ello es consecuencia de que si lo esencial es el incumplimiento del deber de abstención, una vez acaecida esta circunstancia devienen intrascendentes los efectos antes dichos e incluso deviene como intrascendente incluso que el contrato o asunto en el que se produjo ese incumplimiento, fuera realmente interesante y beneficioso para la Administración de que se trate”. Sin embargo, como se expuso cuando se identificó el bien jurídico y se ahondó sobre la importancia del mismo en el análisis de fragmentariedad, la infracción del deber de abstención puede consistir en un mero estar presente en el procedimiento, lo que pondría en riesgo el bien jurídico y suscitaría la desconfianza de los ciudadanos en que la Administración actúe conforme al interés general o puede consistir, y esto es lo que sanciona el tipo penal, en una intervención activa persiguiendo un interés personal, conducta que produce los efectos

⁶²⁹ (RJ 2002\620)

⁶³⁰ En igual sentido SSTS 965/1998, de 17 julio, (RJ 1998\5841); 2392/1993, de 30 octubre, (RJ 1993\8000), 696/2013, de 26 septiembre, (RJ 2014\1832); 73/2001, de 19 enero, (RJ 2001\399). Así, señala la STS 920/2001 de 16 mayo (RJ 2001\5512).

⁶³¹ (RJ 1998\5841)

⁶³² (ARP 1998\4416)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

dañosos graves en el sistema social, que fueron expuestos en su momento. Es decir, en este supuesto constituye una infracción del deber de abstención.

Como se apuntó cuando se analizó el sujeto activo, intervenir interesadamente en un asunto en el que se tiene el deber de hacerlo constituye una conducta reprochable tanto en el sector público como en el privado, donde también se han articulado medidas preventivas para evitar que sujetos se prevalgan de las funciones propias del cargo para satisfacer intereses personales. Así, en el ámbito mercantil se establecen prohibiciones de autocontratación a algunas personas, como las dispuestas en los artículos 267 y 288 del Código de comercio⁶³³. Asimismo el Código civil en su artículo 1459 prohíbe a algunos sujetos que ejercen funciones tutelares como los albaceas, los mandatarios, los jueces..., adquirir bienes confiados a su cargo⁶³⁴. De hecho, este precepto civil se eleva a la categoría penal en el artículo 440 del Código penal, cuyo objetivo es asemejar ciertos conflictos de intereses privados a los públicos, tratando de evitar que determinados sujetos (albaceas, curadores o tutores) lleven a cabo funciones propias del cargo, pero favoreciendo su propia causa. De este modo, en ambos tipos penales, 439 y 440, el objetivo políticocriminal es castigar a sujetos que realizan una gestión desleal de las

⁶³³ Hay autores que consideran que el tipo penal objeto de análisis es en realidad un caso de prohibición de la autocontratación. MAÑALICH RAFFO, J.P. “La negociación incompatible como delito de corrupción. Estructura típica y criterios de imputación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 23, año 2015, págs. 94-105. Sin embargo, es más amplio que un supuesto de prohibición de autocontratación ya que abarca supuestos de autoadjudicación de subvenciones, de licencias y en general de cualquier otro beneficio administrativo.

⁶³⁴ Artículo 1459 del Código civil:

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1.º Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección.

Apartado 1.º del artículo 1459 redactado por L.O. 1/1996, 15 enero («B.O.E.» 17 enero), de Protección Jurídica del Menor.

Véanse los artículos 221.3.º, 267 y 271.2.º de este Código.

2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.

3.º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.

4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

funciones del cargo en interés propio⁶³⁵. Por la similitud de conductas no es extraño que los anglosajones consideren que la corrupción pública y la privada son equivalentes en gravedad y ofrezcan a ambas el mismo tratamiento⁶³⁶. Aunque el bien jurídico protegido no es el mismo, porque los efectos dañosos en el sistema social tampoco lo son, la similitud entre ambos tipos penales permite realizar una interpretación sistemática.

No obstante, el principal argumento esgrimido por aquellos que consideran que no es la infracción del deber de abstención la que sustenta el injusto de este precepto es que el tipo no requiere simplemente su vulneración, sino que va más allá porque exige una intervención activa en el procedimiento por parte del funcionario. Así, JAREÑO LEAL apunta que “la infracción del deber de abstención no es lo que da vida al injusto, a pesar de la insistencia de la jurisprudencia en este sentido, sino que el núcleo de la conducta es el «aprovechamiento del deber de intervenir» para hacer negocios propios”⁶³⁷. También en este sentido se pronuncia ORTS BERENGUER, que señala que al menos “la no abstención deberá perseguir la participación en una actuación de carácter económico”⁶³⁸. Como ya he adelantado, estos autores parecen concebir la violación de este deber como aquella en la que incurre el sujeto que está presente en un procedimiento en el que tiene un interés, pero todavía no ha intervenido persiguiendo el mismo. Sin embargo, si bien es cierto que, este hecho ya se puede considerar como una infracción de esta obligación, lo cierto es que las conductas más graves que se incardinan dentro de la infracción del deber de abstención son aquellas en las que el sujeto público interviene activamente en el procedimiento tratando de obtener un interés. Por ser la conducta más grave es la única que puede suscitar responsabilidad penal a través del artículo 439 del Código penal.

⁶³⁵ Pero como ya se percatara GROIZARD, el conflicto de intereses que cuestiona asuntos públicos supone un plus de gravedad y la pena no debe ser la misma que en el caso de que se afecten otros meramente privados Vid *El Código penal de 1870*...cit. pág. 304.

⁶³⁶ Alude a la deslealtad en los delitos de corrupción GREEN, S.P *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*...cit. pág. 270. Alude a la deslealtad a la empresa en la delincuencia económica. PASTOR MUÑOZ, N. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, en *Indret*, nº 4 (2006), págs. 1-16.

⁶³⁷ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. pág. 51. En igual sentido SANCINETTI, que expone que “parece absolutamente desproporcionado que esta pena esté dirigida a un mero acto de incompatibilidad, como si se tratara sólo de la infracción a un deber administrativo de abstención...”, en “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 886.

⁶³⁸ ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...”cit. pág. 673.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Además, añade JAREÑO LEAL, en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos se debe dar algo más que una no abstención por parte del funcionario, se debe exigir un plus de prevalimiento porque a veces el propio sujeto público no infringe simplemente dicho deber, sino que crea intereses personales porque precisamente está obligado a intervenir en determinados asuntos⁶³⁹. Es decir, según la autora, el tipo abarca situaciones en las que, tras haberse percatado de las ventajas que le puede procurar el acceso a la función pública, con posterioridad decide hacer negocio, como por ejemplo el supuesto en el que el alcalde de un pequeño municipio le vende al ayuntamiento unos terrenos de su propiedad⁶⁴⁰. A juicio de la autora, para lograr su propósito, el regidor del ayuntamiento no sólo infringe el deber de abstención, que en este caso resulta ficticio, sino que lleva a cabo una serie de trámites, entre ellos proponer al Pleno del Ayuntamiento la adquisición de dicho solar, el cual acaba votando a favor de la medida⁶⁴¹. Estoy de acuerdo con JAREÑO LEAL en que en este caso particular no sólo hay una infracción del deber de abstención, el contrato de compraventa entre el sujeto activo y el Ayuntamiento parece innecesario, forzado, pues se puede pensar que no hay necesidad en la adquisición por parte del consistorio de unos terrenos y que la compraventa se ha llevado a cabo con la única intención de detraer fondos públicos, lo que podría dar lugar a la entrada de otros tipos penales que contemplan dicho perjuicio. Pero independientemente de que se logre demostrar que se produjo un perjuicio patrimonial para la Administración, lo cierto es que el alcalde infringe su deber de abstención proponiendo al Pleno una votación y votando como miembro del mismo un acto administrativo en el que tiene un interés personal. En consecuencia, aunque también se puedan identificar elementos objetivos y subjetivos que den lugar a otros injustos, lo cierto es que en la medida en que el regidor interviene en un asunto persiguiendo un interés en forma de participación, infringe su deber de abstención y permite una posible aplicación del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

Como se puso de manifiesto cuando se identificó el bien jurídico, el deber de abstención que subyace bajo la infracción penal no es el bien jurídico protegido, ni su incumplimiento da lugar automáticamente al injusto penal, pero identificarlo correctamente es fundamental para llevar a cabo una interpretación teleológica conforme

⁶³⁹ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 51.

⁶⁴⁰ SAP de Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo, (ARP 2000\734).

⁶⁴¹ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 51.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

al mismo, lo que favorecerá su aplicación en un sentido restrictivo. Así, una exégesis del tipo penal que se vertebre sobre la vulneración de este deber impedirá que se sancione la participación de un alcalde o concejal en el planeamiento de su propia ciudad o cuando dicta un reglamento sobre el sector en el que participa su propia empresa, pues en estos casos no se puede considerar que el sujeto persigue un interés directo, personal y exclusivo en los términos que exige la infracción administrativa. Tampoco opera un deber de abstención y, por tanto, tampoco podría ser aplicado este tipo penal cuando la Administración no tiene margen de discrecionalidad, como por ejemplo determinadas concesiones de licencias o autorizaciones que se otorgan automáticamente al sujeto que las solicita tras la mera comprobación del cumplimiento de determinados requisitos formales. Del mismo modo, tampoco vulnera este deber, y por consiguiente, no lesiona el bien jurídico, la conducta del funcionario que, dadas las funciones meramente burocráticas asignadas en el procedimiento, carece de capacidad para influir en la decisión que en el procedimiento se adopte.

En definitiva, los supuestos más habitualmente castigados a través de este precepto penal son aquellos en los que el funcionario interviene emitiendo un voto, un informe o una resolución que le permite participar en un negocio o actuación, que son aquellos en los que un alcalde o concejal adjudican a su propia empresa un contrato de obras para reformar el consistorio o el regidor interviene en la concesión de una licencia para su propio inmueble, vota favorablemente en el Pleno la adquisición por parte del Ayuntamiento de unos terrenos de su propiedad, contrata en nombre del consistorio un seguro de la empresa para la que trabaja o vota la concesión de una licencia de obra sobre solares propiedad de la empresa en la que participa.

Además de restringir el tipo penal, una interpretación conforme al deber de abstención también sirve para que el tipo penal se centre sobre supuestos que constituyen una lesión del bien jurídico. A pesar de que constituye una infracción del deber de abstención, hay un sector de la doctrina que ha considerado que no se debe aplicar el tipo penal cuando la empresa del alcalde aparece como la única posible licitadora en el concurso público porque es la única que reúne las características exigidas en la licitación, al no haber más empresas que se hayan presentado al concurso o incluso por tratarse de la única empresa que provee un servicio o un bien en un municipio. Dice CUGAT

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

MAURI, no hay un aprovechamiento de la especial posición del sujeto en la Administración Pública si los cargos públicos aparecen como “contratistas «casi necesarios»”, por lo que el tipo penal, no debe apreciarse en los casos en los que la entidad administrativa “no tiene más remedio” que contratar con sujetos públicos⁶⁴².

En mi opinión, el hecho de que el alcalde o concejal aparezcan como contratistas únicos no es óbice para que la conducta del sujeto que adjudica a su propia empresa un contrato público no sea sancionada a través del artículo 439 del Código penal. El hecho de que la empresa del regidor se presente como única opción en un procedimiento de contratación pública no permite descartar de antemano la aplicación de este tipo penal, sino que, al contrario, es un indicio de una adjudicación interesada, pues probablemente la adjudicación se ha llevado a cabo omitiendo requisitos procedimentales básicos como los relativos a la publicidad y transparencia. Este tipo penal, y el deber de abstención que subyace bajo el mismo, no se orienta a impedir que las empresas participadas por sujetos que ejercen la función pública se vean beneficiadas de alguna manera con contratos o subvenciones públicas. La participación de un sujeto público en una empresa, a menos que vulnere una norma de incompatibilidad, no constituye ningún injusto ni penal ni administrativo como tampoco lo es el hecho de recibir un beneficio público⁶⁴³. Lo que persigue el artículo 439 es simplemente evitar que la decisión concreta de adjudicar dichos beneficios administrativos a esas empresas sea adoptada por quienes tienen un interés personal y directo en las mismas. Es decir, lo que vulnera el principio de imparcialidad, bien jurídico protegido por el delito, no es que las empresas participadas por funcionarios públicos reciban beneficios administrativos, sino que los servidores públicos utilicen sus funciones públicas para favorecer a las empresas de las que son titulares. Por tanto, la aparición de la figura del alcalde o concejal como contratistas únicos más que un argumento a favor de evitar la aplicación de este tipo penal constituye un indicio de la comisión de este delito. En este sentido se pronuncia la reciente SAP de Cádiz 418/2015, de 29 de octubre⁶⁴⁴, que señala que “el hecho de que no existiera en el pueblo otra floristería no justifica tampoco la actuación de los acusados, pues existen otros pueblos cercanos, a poca distancia y se disponía en la fecha de los hechos de medios

⁶⁴² CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 595.

⁶⁴³ Por eso, a diferencia de lo que señalaba LUZÓN PEÑA respecto de la redacción anterior a 1995, el tipo penal no se consuma en el momento en que con su consentimiento la sociedad presenta su oferta a concurso público. LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio...”cit. pág. 421.

⁶⁴⁴ (JUR 2016\83330)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

y vías de comunicación que hubieran permitido la adquisición de flores, plantas o material de papelería en establecimientos radicados en otros pueblos”⁶⁴⁵.

Expuesta la importancia que tiene la infracción del deber de abstención para la comisión del delito de negociaciones prohibidas, se podría plantear que para sortear la aplicación de este precepto sería suficiente con que el funcionario público evitara llevar a cabo él mismo la función oficial de favorecimiento a su propia causa, dejando que sea otro funcionario que no tenga un interés directo en el asunto que lleve a cabo esta tarea. Ciertamente se podría plantear un supuesto en el que el Alcalde, que tiene un interés directo sobre una determinada empresa, se abstuviera de intervenir en el Pleno precisamente para evitar infringir el deber de abstención e incurrir en este tipo penal, pero influyera sobre otros miembros del mismo para que votaran la opción que a él le interesa. En este caso no se podría aplicar el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, dado que no hay un sujeto que se aproveche de las funciones propias del cargo para favorecer su propia causa, pero, como se apuntará cuando se traten los problemas concursales, esta conducta no queda impune, sino que puede ser sancionada probablemente a través de otros tipos penales como el delito de tráfico de influencias o el de prevaricación.

3.3.2.3 “Forzar o facilitarse una participación” como finalidad que persigue el autor y no como conducta típica

Una vez expuesto que la conducta que sanciona el tipo penal objeto de estudio es un comportamiento consistente en intervenir oficialmente en un asunto con la intención de procurarse una participación en el mismo hay que descartar, a diferencia de lo que ha puesto de manifiesto algún autor y alguna sentencia, que la conducta típica recaiga sobre los verbos “forzar o facilitarse una participación”⁶⁴⁶. A diferencia de lo que han insinuado algunos autores, la conducta del sujeto activo no consiste en forzar o facilitarse una participación en un asunto, sino en intervenir en un negocio o actuación con la intención

⁶⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncia también la SAP Palencia 75/2000, de 16 de octubre (ARP 2000\2266), que considera que resulta indiferente a efectos de la aplicación de este tipo penal que otras empresas hubieran rechazado la oferta.

⁶⁴⁶ Así parece insinuarlo JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. págs. 57 y ss.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de procurarse la misma. La alusión del precepto a los verbos “forzarse” y “facilitarse”, pero sobre todo el primero de ellos, ha permitido a quienes consideran que es ahí donde radica la conducta típica interpretarla en dos sentidos que nada tienen que ver con el supuesto de hecho anteriormente expuesto.

La locución “forzarse o facilitarse una participación”, ajena a la tradición jurídica de este precepto, se introdujo con el Código penal de 1995 y ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia a realizar un esfuerzo interpretativo para descifrar en el contexto de este tipo penal su significado. En realidad, la alusión al verbo “facilitarse” no es problemática dado que su sentido, hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, permite ratificar que la conducta típica se refiere a los supuestos de infracción del deber de abstención ya expuestos. Como apunta JAREÑO LEAL el funcionario público no tiene que exigirle a nadie, ni insinuar, ni presionar porque simplemente no le hace falta, pues dadas las funciones que por su cargo tiene atribuidas, puede procurarse por sí mismo una ventaja determinada⁶⁴⁷. Así, para que se pueda afirmar que el sujeto se facilita una participación bastará que, en la conducta consistente en votar interesadamente, como dice NIETO MARTÍN, el funcionario no revele al resto de miembros del órgano colegiado que sobre él pesa una obligación de abstención⁶⁴⁸.

Dicho esto, el término problemático del tipo es el de “forzar”, que ha dado lugar a que la doctrina y la jurisprudencia haya adoptado dos direcciones interpretativas respecto a la conducta típica, en mi opinión, igualmente poco satisfactorias. En primer lugar, ha provocado que algún autor se plantee si el comportamiento sancionado consiste en imponer mediante violencia o intimidación la participación en un negocio o asunto a otro sujeto. Así, la SAP de Cádiz 418/2015, de 29 de octubre⁶⁴⁹, alude a intervenir en el expediente administrativo de un modo “coactivo o sin coacción alguna”. Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la mayor parte de la doctrina pues, como dice MIR PUIG, “si la participación se impone mediante amenazas constituirá, además del delito que ahora estudiamos, uno más grave de amenazas condicionales castigado con pena mucho más grave (art. 169 ss. CP) y si se consigue mediante violencia dará lugar al delito de coacciones, también mucho más grave (art. 172CP). Sería erróneo pensar que la

⁶⁴⁷ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 66.

⁶⁴⁸ NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII...”cit. pág. 482.

⁶⁴⁹ (JUR 2016\83330)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

mención del «forzar» en el art. 439 desplaza, en virtud del principio de especialidad, aquellos otros delitos”⁶⁵⁰.

En segundo lugar, otros autores, e incluso también alguna sentencia, han entendido que si bien es cierto que el término forzar no implica amenaza o coacción alguna sobre otro sujeto, sí abarca supuestos en los que el funcionario le impone a otro individuo su participación en el negocio o actividad a través de presiones o chantaje. Esta situación tendría lugar, por ejemplo, cuando el funcionario condiciona la adjudicación del contrato a que el particular le otorgue participaciones o acciones de la empresa. En este sentido, la STS 1887/2002, de 13 de noviembre, descarta la aplicación del tipo penal porque “no se declara probado que el acusado, como Alcalde forzara, *se entiende a otros*, o se facilitara la contratación para asegurarse una participación en el contrato”⁶⁵¹. De este modo, este sector aproxima este tipo penal a figuras como el tráfico de influencias o el cohecho, que exigen la intervención de otro sujeto. En este sentido se pronuncia el Auto AP de Cantabria 169/2004, de 30 de diciembre⁶⁵², que indica que “la circunstancia de tener que informar se emplea para hacer posible, mediante una maniobra «coactiva», la participación económica, o de otra naturaleza, en el negocio de que se trate. El supuesto característico es el de cobro de comisiones ilegales”. De esta opinión es también MUÑOZ CONDE, que considera que comete la conducta contemplada por el 439 del Código penal “el funcionario de la Delegación de Urbanismo que debiendo informar sobre la concesión de licencia de construcción pretende que la empresa constructora le dé un porcentaje de los beneficios o le venda a un precio simbólico acciones de la empresa, le ceda una parte de los terrenos, una vivienda etc.”⁶⁵³. Siguiendo esta línea doctrinal, la STS ha calificado como negociaciones prohibidas la STS 243/2014, de 7 de marzo⁶⁵⁴, la conducta del jefe territorial de la sección de minas de una comunidad autónoma que presiona a varios empresarios para que le dejen participar en sus sociedades, consiguiendo ser socio de una

⁶⁵⁰ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 326. En igual sentido DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*cit. pág. 166.

⁶⁵¹ (RJ 2002\10085). En este mismo sentido se pronuncian las SSTs 1887/2002, de 13 de noviembre, (RJ 2002\10085); 73/2001, de 19 de enero, (RJ 2001\399); 127/2001 de 5 de febrero (RJ 2001\270).

⁶⁵² (JUR 2005\65611)

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 898. En el mismo sentido CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos cometidos por los funcionarios públicos (III)”, QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 1235.

⁶⁵⁴ (RJ 2014\1700)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de ellas mediante la amenaza de denegación de los correspondientes permisos etc. También se pronuncia en este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia 73/2001, de 19 de enero⁶⁵⁵, que sanciona por este tipo penal a dos veterinarios que presionaban a las empresas cárnicas a las que inspeccionaban para que hicieran los análisis en el laboratorio del que eran titulares.

Las dos opciones interpretativas que han mantenido determinados autores y pronunciamientos respecto del verbo forzar (la de coaccionar, amenazar o presionar a otro sujeto) adolecen a mi juicio, de un problema en su punto de partida. La conducta típica no consiste en forzar o facilitarse una participación, sino en intervenir oficialmente en un negocio o actuación con la intención de obtener una participación en el mismo. Esto significa que el comportamiento objeto de sanción es independiente a ambos verbos y que, como se explicará en las siguientes líneas, estos van referidos al modo en que el sujeto puede adquirir la participación (elemento subjetivo de lo injusto). Esta interpretación es la más adecuada según la literalidad del artículo 439 del Código penal, que alude en primer lugar a intervenir por razón del cargo y posteriormente a “se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación”. Por consiguiente, según la redacción del citado precepto, forzar y facilitar no son términos referidos a la conducta típica, sino que se orientan a modular la obtención de la participación.

No obstante, incluso aunque el término “forzar” estuviese referido a la conducta típica, lo cierto es que tampoco es adecuado asimilarlo a coaccionar o amenazar en el contexto del tipo penal objeto de estudio. En primer lugar porque, aunque algunas de las acepciones del término forzar permitan interpretar el precepto en este sentido, la contraposición que hace la ley de “forzar” con el de “facilitar” obliga a llevar a cabo una exégesis de ambos términos de forma sistemática, por lo que forzar no debe ser interpretado en un sentido opuesto al de facilitar. Contemplados ambos verbos de forma conjunta, forzar no adquiere el sentido de imponer a otro sujeto nada. En segundo lugar, porque si la intención del legislador hubiera sido que el término “forzar” abriera la posibilidad al tipo penal de incorporar una conducta típica consistente en la imposición de la voluntad de un sujeto sobre otro, el legislador debería haberse expresado claramente

⁶⁵⁵ (RJ 2001\399)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

en este sentido pues, de lo contrario, el término “forzar” adquiere otros significados que dependen del contexto⁶⁵⁶. Así, si su intención era que el término forzar supusiera la imposición de la voluntad de un sujeto sobre otro, debería haber hecho una alusión directa e inequívoca a este último (funcionario o particular) sobre el que se ejerce presión o amenaza. De hecho, esto es lo que hacen otros delitos contra la Administración Pública cuando quieren incorporar la presencia de otro individuo. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos previstos en los artículos 428, 429 y 436 del Código penal que incluyen una referencia expresa al mismo⁶⁵⁷. De este modo, en caso de interpretarse el término “forzar” en el sentido expuesto, sería el primer tipo penal contra la Administración Pública que requeriría para su consumación la participación de una persona ajena al sujeto activo sin aludir a ella expresamente. Por ello, se debe afirmar que, en realidad, la modalidad comisiva que describe MUÑOZ CONDE en relación con la solicitud de comisiones ilegales no debe quedar integrada en el ámbito del delito de negociaciones prohibidas, sino que probablemente deba ser calificada como un delito de cohecho propio del artículo 419 o 420⁶⁵⁸. Asimismo, si la conducta consiste en ejercer una influencia propia del delito de tráfico de influencias, podremos estar ante este tipo penal siempre que se den sus requisitos. En cualquier caso, sobre esta idea se volverá cuando se traten los concursos.

Como acabo de apuntar, a mi juicio, ambos verbos (forzar y facilitar) no describen la conducta típica, sino que van referidos al elemento subjetivo de lo injusto y se orientan a modular el grado de dificultad que constituye al sujeto la obtención de la participación (objetivo al que se dirige). De este modo, el legislador evita sancionar cualquier intervención parcial en el procedimiento, como por ejemplo cuando se emite una resolución favorable a un amigo o a un correligionario político, y sólo lo hace en el caso en el que el sujeto tenga la intención de procurarse una participación en un negocio o actuación. Interpretados conjuntamente, ambos verbos, se extrae que el delito existe con independencia de la intensidad criminal que tenga que poner el sujeto para lograr la

⁶⁵⁶ Aunque el funcionario no obligase al particular a cederle unas acciones o participaciones, sino que éste se ofreciera a comprarlas, la conducta igualmente no podría ser calificada de Negociaciones prohibidas, sino probablemente de Cohecho.

⁶⁵⁷ A menos que la presencia de dicho sujeto sea muy obvio, como sucede en los tipos de Cohecho de los artículos 419 y 420.

⁶⁵⁸ Como señala CATALÁN SENDER, el tipo exige que el sujeto se aproveche de sus funciones unilateralmente y si se dan situaciones en las que aparecen otro tipo de sujetos, hay acuerdos ilícitos entre dos o más personas etc., podríamos encontrarnos ante un concurso de delitos Vid. *Los delitos cometidos por autoridades...* cit. pág. 364.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

participación en el negocio, abarcando supuestos de mayor o menor energía criminal empleada⁶⁵⁹. Por ejemplo, se podrá considerar que el sujeto activo “se facilita” la participación cuando es el titular de un órgano individual y simplemente no se abstiene, resolviendo a su favor. No obstante, se podrá hablar de que el sujeto se “fuerza” la participación cuando adjudique a su propia empresa un contrato, a pesar de que la Mesa de contratación haya propuesto a otro licitador, lo que le obligará a llevar a cabo un esfuerzo de motivación de su decisión para evitar que el acto administrativo sea declarado ilegal. También se podrá hablar de que el sujeto se fuerza la participación cuando el Secretario del Ayuntamiento u otro funcionario técnico adviertan al sujeto activo sobre la ilegalidad de su decisión, lo que le obligará a realizar un esfuerzo de motivación de la decisión o cuando, además de votar como miembro del Pleno, tenga que sugerir o animar a los demás miembros del órgano colegiado a votar la opción que a él le conviene, siempre teniendo en cuenta que la conducta que se ejerce sobre otros sujetos tienen como límite máximo el delito de cohecho y el de tráfico de influencias⁶⁶⁰. De todas formas, esta problemática se tratará en el ámbito de los concursos.

En definitiva, la alusión que hace el precepto a forzar o facilitarse una participación no castiga una modalidad comisiva consistente en amenazar o coaccionar a otro sujeto o presionar o influir. Estas conductas constituyen un plus de gravedad con respecto al injusto que contempla la conducta de negociaciones prohibidas y podrían justificar la aplicación de otros tipos penales como el cohecho o el tráfico de influencias cuyas penas son más adecuadas a la trascendencia de la conducta. En cualquier caso, como se expondrá cuando corresponda, teniendo en cuenta que la locución “para forzar o facilitarse” va referida a la participación, un objetivo final que no es necesario conseguir, no hace falta que el tipo describa la mayor o menor dificultad que le supone al autor procurarse el fin que persigue. Ambos términos resultan distorsionadores e innecesarios y, como se señalará cuando se analice el elemento subjetivo de lo injusto, por una cuestión de técnica legislativa y claridad interpretativa, deberían ser eliminados.

3.3.2.4. La obtención del interés (participación) del propio asunto en el que interviene

⁶⁵⁹ CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit. En igual sentido DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*”cit. pág. 166.

⁶⁶⁰ Cfr. Capítulo 4. Epígrafes 4.4 y 4.5

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Atendiendo al tenor literal del tipo, otro de los aspectos que hay que destacar respecto de la conducta típica es que el interés que el sujeto persigue, la participación, debe derivarse directamente de la intervención oficial del sujeto en dicho negocio o actuación. Si analizamos el tenor literal del 439 del Código penal, la actuación oficial que lleva a cabo el autor en un asunto administrativo debe servir para procurarle una participación en el mismo. La conducta de intervenir oficialmente se vincula con la de obtener una participación, de tal modo que el interés del sujeto se deriva directamente de su intervención oficial y no de ulteriores conductas. Es decir, el emitir un informe, un voto o una resolución en un asunto deben ser conductas idóneas para permitir al sujeto activo participar en dicho asunto como consecuencia de la intervención. En otras palabras, debe haber una relación causa-efecto entre la intervención del sujeto en el asunto y la posibilidad directa de obtener un beneficio (una participación) en el mismo. Esta idea tiene su anclaje legal en la alusión que el tipo penal hace a que la participación se la procure el sujeto en “tales negocios o actuaciones”, dejando claro que son aquellos en los que interviene.

Dicho esto, para que se dé el injusto típico del 439 del Código penal, el vínculo del sujeto con la empresa deberá existir con anterioridad a la conducta típica. A esto se refiere JAREÑO LEAL cuando expone que “el tipo exige que la participación se obtenga a cuenta del asunto en que «debe intervenir», y no en otros que ocasionalmente puedan estar tramitándose en su departamento, pero sobre los que no tenga dicho deber específico; así que cierta relación de identidad tiene que haber entre su tarea funcional concreta y el negocio propio”⁶⁶¹. Así, advierte la autora, debe existir una conexión interna entre tal conducta y el resultado perseguido. Por eso, si el sujeto consiguiese participar (beneficiarse) de forma ajena a su intervención oficial no cabría la aplicación del artículo 439 del Código penal⁶⁶². Ahora bien, que el vínculo con la empresa deba ser anterior a la intervención oficial no significa que esta relación deba ser oficial. Es decir, los intereses del sujeto activo en una determinada empresa no tienen por qué constar oficialmente en el Registro Mercantil o en ningún otro lugar, sino que la relación del funcionario con la

⁶⁶¹ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág.47.

⁶⁶² JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág.28.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

empresa podrá ser tácita y carente de publicidad, lo que simplemente complicaría el tema de la prueba, pero no descarta la posibilidad de apreciar este tipo penal. Así, realiza la conducta típica una persona que interviene favoreciendo a una empresa en la que no consta oficialmente.

Esta vinculación entre el asunto en el que se interviene y en el que se obtiene la participación, que crea en el sujeto un conflicto de interés, deja fuera algunas conductas que algún sector de la jurisprudencia ha incluido en el delito de negociaciones prohibidas. Así, por ejemplo, no sería sancionable a través de este precepto la conducta consistente en adjudicar un contrato a una empresa en la que, en principio, el sujeto activo no tiene un interés, para posteriormente adquirir participaciones o acciones de la misma debido a la mejora de la situación de la empresa en el mercado. Por ello, este tipo penal no debería haber sido aplicado al supuesto de hecho contemplado por la SAP de Cádiz 288/2002, de 17 de septiembre⁶⁶³, que califica como delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios el comportamiento del director de la Agencia de Medio Ambiente que informa desfavorablemente la adquisición de una parcela por parte de la Administración Pública, para posteriormente adquirirla él mismo por un precio similar. Aquí, la actuación oficial del sujeto no le procura una participación o beneficio en el asunto en el que interviene, pues para ello hace falta una ulterior actividad por parte del sujeto activo, que es la de la adquisición de la parcela.

Otro supuesto de hecho similar que, a mi juicio, de *lege lata* se encuentra excluido del tipo es el de las “puertas giratorias”, que tendría lugar cuando un sujeto adjudica un contrato público a una empresa y pasados unos años, sin aparente vinculación, pasa a formar parte del consejo de administración de la misma, pudiendo sospecharse, que no probarse, que la adjudicación estuvo vinculada a la promesa futura de ser contratado por la misma. Este es el supuesto de hecho de la SAP Madrid 43/2006, de 16 de mayo⁶⁶⁴, que califica como negociaciones prohibidas la conducta de un sujeto que adjudica un proyecto de obra para el recrecimiento de una presa como director general de obras hidráulicas y con posterioridad a su cese en la Administración comienza a trabajar en dicha empresa⁶⁶⁵.

⁶⁶³ (JUR 2002\286309)

⁶⁶⁴ (ARP 2006\328)

⁶⁶⁵ En esta Sentencia se descarta la aplicación del delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos porque al tratarse de una Sentencia con anterioridad a la reforma de 2010 y no intervenir el sujeto emitiendo un informe la conducta del sujeto no incurre en este precepto.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Por dudosamente éticas que resulten este tipo de conductas, en mi opinión, no deben ser sancionadas a través del tipo penal objeto de estudio. En primer lugar, como se acaba de exponer, porque no encajan en el tenor literal del artículo 439 del Código penal, dado que la participación del sujeto en el asunto (el beneficio que obtiene) no se deriva de su intervención oficial, sino de maniobras posteriores⁶⁶⁶. Es decir, la participación del sujeto se producirá con la adquisición de acciones, participaciones o de la incorporación del sujeto activo al Consejo de administración de la empresa, lo que tendrá lugar con posterioridad a su intervención oficial. Por tanto, no hay una conexión directa e inmediata entre la intervención oficial y la obtención de una participación en el mismo.

No obstante, mi opinión sobre los supuestos previamente expuestos cambiaría si el interés del sujeto en el asunto administrativo en el que interviene es previo a su intervención oficial. De este modo, con independencia de que su relación con la empresa no conste oficialmente, si el interés del sujeto es previo a su intervención oficial podría dar lugar a la aplicación del tipo penal. De este modo, aunque la relación del sujeto con la empresa se base en simples acuerdos verbales consistentes en una promesa futura de contratación, a mi juicio, esto ya crea un conflicto de interés real en el sujeto que lo obliga a abstenerse y cuya infracción permite la aplicación de este tipo penal. No obstante, demostrar que el interés del funcionario en el asunto es previo a la decisión administrativa no es fácil. Por ello, en derecho comparado y también en el ordenamiento español este tipo de conductas se combaten principalmente a través de normas de incompatibilidad o de restricciones de la actividad con posterioridad al cese, reservando el Derecho penal para supuestos en los que no cabe duda de la parcialidad de la intervención oficial.

En definitiva, dados los motivos expuestos, de *lege lata* se puede descartar que el tipo se oriente a la sanción de sujetos que obligan o coaccionan de algún modo a otros para que les permitan obtener acciones o participaciones de sus empresas. Pero también pueden descartarse otras consistentes en adquirir acciones o participaciones de empresas

⁶⁶⁶ De hecho, ni si quiera hace surgir en este caso un deber de abstención en el ámbito administrativo, porque no constituye un supuesto de infracción del deber de abstención cuando el interés que motiva al sujeto activo es futuro o eventual. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...*cit. pág. 86.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

a las que previamente se ha adjudicado un contrato o se ha favorecido desde la Administración a través de un informe o un voto.

3.3.2.5 El ámbito de intervención

El artículo 439 del Código penal circunscribe el ámbito de actuación en el que debe intervenir el sujeto a “cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad” que posteriormente resume en “tales negocios o actuaciones”. Esta gran cantidad de términos, algunos de ellos redundantes, incorporados en la redacción de 1995, obliga a realizar un esfuerzo interpretativo para averiguar cuál es el ámbito sobre el que puede recaer la conducta del sujeto activo⁶⁶⁷.

A priori, dado que se trata de un asunto que debe suscitarle un interés al sujeto activo, lo lógico es que se trate de un acto administrativo favorable. Es decir, una concesión, adjudicación, autorización, etc. Un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la naturaleza del negocio o actuación sobre el que interviene el funcionario debe tener contenido económico debido al empleo de vocablos como “contrato, asunto, operación, o actividad” que deben ser interpretados en este sentido⁶⁶⁸. Así, la STS 965/1998, de 17 de julio⁶⁶⁹, pone de manifiesto que “hay que interpretar estos términos en el sentido de cualquier actividad de naturaleza económica en la que el funcionario se inmiscuya para lograr un beneficio o lucro, o cualquier otra manera de compensación privada”. Esta interpretación también la hacían algunos autores en relación con redacción típica del anterior 401, dado que los conceptos “contrato u operación” que se empleaban en el Código Penal de 1973 eran de carácter exclusivamente económico. Sin embargo, como ha señalado MIR, la redacción actual contrapone conceptos de contenido económico como contrato, operación o negocio a otros que carecen del mismo, como actividad o actuación, que permiten dudar de dicha afirmación, por lo que, en

⁶⁶⁷ Critican esta sobrecarga de conceptos; JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. pág. 32; DELGADO GIL, A. “La nueva redacción...” cit. pág. 42.

⁶⁶⁸ DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 127; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...” cit; CUGAT MAURI, M. “Lección 16...” cit. pág. 97; ORTS BERENGUER, E. ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...” cit. pág. 673; SAP Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999/2520) que interpreta el ámbito de intervención del funcionario como “cualquier actividad de naturaleza económica en la que el funcionario se inmiscuya para lograr un beneficio o lucro, o cualquier otra manera de compensación privada”.

⁶⁶⁹ (RJ 1998\584)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

realidad, se puede sostener que es indiferente el sector administrativo sobre el que recaiga su conducta. Además, señala este autor, no se puede llevar a cabo una interpretación exclusivamente económica dado que el capítulo en el que esta figura se encuentra “reúne tanto abusos económicos como de otra índole (sexuales)- mientras que antes se consideraba un «fraude o exacción ilegal», conceptos estrictamente económicos”⁶⁷⁰.

Dicho esto, según su redacción actual el tipo penal no sólo abarca ámbitos como la contratación o las subvenciones, de carácter preponderantemente económico, sino también aquellos como las licencias u otro tipo de actos administrativos que no siempre tienen dicho contenido⁶⁷¹. Esta ampliación que realiza el legislador a toda la actividad administrativa es político-criminalmente adecuada en la medida que hay esferas administrativas que no tienen un contenido económico y que no pueden suscitar un interés de este tipo, pero que corrompen igualmente al sujeto que debe adoptar una decisión. Por ejemplo, la concesión de una licencia de obra o de apertura de un local no tiene un contenido cuantificable monetariamente, pero indudablemente pueden suscitar un interés personal y directo por parte del funcionario que tiene que intervenir en la adopción de una decisión. En cualquier caso, lo cierto es que si efectivamente la intención del legislador era la de ampliar el ámbito de intervención del sujeto activo a todo tipo de actos administrativos, tengan contenido económico o no, hubiera sido más adecuado hacer referencia a “cualquier asunto administrativo”, que abarca toda la actividad de la Administración pública, evitando incorporar una larga lista de términos que incluso resultan reiterativos e innecesarios.

Ahora bien, si, como todo parece apuntar, la intención del legislador era la de ampliar el ámbito de la función pública en el que puede intervenir el sujeto activo, permitiendo incluir adjudicaciones de licencias, concesiones, plazas públicas, etc. u otros

⁶⁷⁰ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. págs. 325-326; CÓRDOBA RODA, J y GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo II*. Marcial Pons. Madrid, 2004, pág. 2104. Como establece la SAP de Cádiz 418/2015 de 29 de octubre (JUR 2016\83330), que expone que la intervención debe realizarse en “asuntos de toda clase, con tal que sean de su incumbencia pública” En este sentido también se pronuncia la SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 julio (ARP 2012\788).

⁶⁷¹ Aunque la gran mayoría de Sentencias ha recaído en el ámbito de la contratación también hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales que aluden a licencias de obras y urbanísticas como las SSTs 965/1998 de 17 julio (RJ 1998\584), 2208/2001 de 26 noviembre (RJ 2002\620), la SAP de Islas Baleares 317/2014 de 17 noviembre (JUR 2015\68525), la SAP Almería 8 de junio de 1999 (ARP 1999/2131), la SAP Madrid 703/ 2013 de 29 de mayo (JUR 2013\222732), la SAP Coruña 235/2007 de 4 junio (ARP 2007\530).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

actos administrativos de carácter favorable que no tienen un contenido monetario, éste debería haberse abstenido de configurar el elemento subjetivo de lo injusto en los términos “para forzar o facilitarse cualquier forma de participación” a los que alude el 439 del Código penal, pues, desde un punto de vista gramatical, el verbo participar no encaja adecuadamente con actos administrativos que carecen de contenido económico. Como dice CASTRO MORENO, aunque la contraposición que hace el precepto de negocios y actuaciones pudiera indicar una ampliación del ámbito de actuación a asuntos de naturaleza no económica, no hay que olvidar que el precepto alude a “cualquier forma de participación”⁶⁷². De este modo, en un contrato o una subvención tiene sentido, gramaticalmente hablando, procurarse una participación, pero resulta más difícil imaginar cómo un sujeto puede procurarse la misma en una licencia, otro tipo de concesión, la adjudicación de una plaza pública, etc. Por ello, si el objetivo del legislador al introducir una gran cantidad de términos para aludir al asunto administrativo era ampliar el ámbito de intervención de la conducta, lo cierto es que éste debería haberse abstenido de definir el elemento subjetivo en términos de procurarse una participación. En este sentido, hubiera sido mejor haber introducido el término interés o beneficio pues, evita restringir el tipo penal a conductas que tienen gravedad suficiente como para ser sancionadas a través de este precepto. De hecho, la exigencia de que la conducta del sujeto activo deba orientarse hacia la obtención de una participación constituye una restricción típica con respecto a la redacción de 1973. Así, el precepto anterior a 1995 sancionaba al sujeto “que directa o indirectamente se interesare”, lo que ampliaba el elemento subjetivo a cualquier tipo de interés. No obstante, como se pondrá de manifiesto cuando se analice específicamente el elemento subjetivo de lo injusto, se pondrá de manifiesto que el término participación puede tener una interpretación amplia equivalente al concepto de interés o beneficio.

3.4 Tipo subjetivo

3.4.1 El dolo

La conducta que contempla el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, al igual que resto de delitos relacionados con la corrupción, exige

⁶⁷² CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

el dolo como modalidad comisiva, pues no se ha previsto en el Código penal su castigo imprudente. No obstante, la doctrina se cuestiona si el tipo exige dolo directo debido al empleo de verbos como “aprovecharse” “forzarse” o facilitarse” o también permiten la apertura al dolo eventual. A favor del dolo directo se ha pronunciado MIR PUIG, que considera que el aprovechamiento no puede entenderse sino como dolo directo⁶⁷³. Sin embargo, a mi juicio, la alusión a “aprovecharse” no tiene porqué implicar la exigencia de un dolo cualificado al igual que tampoco lo implica la alusión “a sabiendas” en el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal⁶⁷⁴. Verbos como “aprovecharse” o “facilitarse” impiden acudir a modalidades comisivas ajenas al dolo, pero no excluyen de ningún modo el dolo eventual. Así, por ejemplo, este tipo penal se podrá aplicar al sujeto que adjudica un contrato a su propia empresa sospechando que sobre él mismo pesaba un deber de abstención. Aunque será difícil que este tipo de situaciones se den en la práctica, será raro que un sujeto que tiene responsabilidades informativas o decisorias en el procedimiento no conozca que la ley le obliga a abstenerse en caso de que tenga un interés personal en el asunto. Por ello, PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS consideran difícil apreciar en este tipo de casos un error de prohibición⁶⁷⁵. De hecho, en la actualidad, debido al aumento de la conciencia social sobre la importancia de la corrupción, resulta cada vez más habitual que el Secretario del Ayuntamiento u otros funcionarios técnicos adviertan a las autoridades sobre la ilegalidad de su actuación, impidiendo de forma indirecta que prospere un error de prohibición⁶⁷⁶.

⁶⁷³ MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales”...cit. pág. 325. En el mismo sentido CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit. pág. 17; SERRANO GÓMEZ, A. *Curso de Derecho penal*...cit. pág. 683; JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. pág. 70; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 157; La SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 de julio (ARP\2012\788), que señala que “la expresión «se aproveche», ha de ser entendida, además en el sentido de exigir una intención directa de procurarse una participación en el negocio. Por tanto, se excluye cualquier tipo de dolo que no sea el directo”. En igual sentido para la infracción disciplinaria MARINA JALVO, B. *El régimen disciplinario*...cit. pág. 149. Por el contrario, abre la posibilidad al dolo eventual CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades*...cit. pág. 370 y la SAP Almería 8 de junio de 1999 (ARP 1999/2131) que considera que “no es imprescindible que el sujeto tenga la plena certeza y seguridad respecto de la antijuridicidad de su conducta, «bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad que, por estimarse similar al dolo eventual, no merece trato de benignidad”.

⁶⁷⁴ Así GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación*...cit. pág. 114; GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, Función pública y Derecho penal*. Comares. Granada. 2000, págs. 152 y ss.

⁶⁷⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. pág. 199.

⁶⁷⁶ Como señala la STS 189/2008 de 25 de abril (RJ 2008\1855) relativa al delito de prevaricación “es meridiano el deber de abstención del alcalde al conocer sobre la resolución administrativa que pueda conceder o denegar una licencia municipal de obras en la que previamente ha sido firmante en concepto de arquitecto privado”

3.4.2 El elemento subjetivo de lo injusto

3.4.2.1 Elementos subjetivos de lo injusto identificados en la doctrina y en la jurisprudencia

Como ya se adelantó al analizar la conducta típica, el tipo objeto de estudio incorpora como elemento típico la intención del sujeto de “forzar o facilitarse una participación en tales negocios o actuaciones”. No obstante, hay autores que han identificado otros elementos subjetivos de lo injusto. Además del dolo, hay un sector doctrinal y jurisprudencial que ha considerado que para configurar el injusto penal debe constatarse la existencia de una intención de prevalerse o aprovecharse del cargo. Apunta CUGAT MAURI que la nota de «aprovechamiento» deberá ser probada, lo que convierte a este tipo penal en más restrictivo que el de 1973, sin que la reforma de 2010 lo haya modificado. Así, continúa la autora, “cabe despreciar el delito en casos de mera incompatibilidad administrativa sin aprovechamiento de la especial posición en la Administración pública”⁶⁷⁷.

En el mismo sentido también se ha pronunciado el propio Tribunal Supremo en alguna ocasión, como por ejemplo en la STS 127/2001, de 5 de febrero⁶⁷⁸, que exige “una actuación concreta del alcalde para conseguir las adjudicaciones correspondientes en las subastas que se celebraron”, que, al no producirse, el propio tribunal expone “no hubo instrumentalización del cargo para que tales adjudicaciones se realizaran. Al menos no consta en los hechos probados que así ocurriera”⁶⁷⁹. La STS 1823/2000, de 27 de noviembre⁶⁸⁰, aclara un poco más el significado de este supuesto elemento subjetivo cuando señala que “desde luego, hubo participación en el asunto, en cuanto que ordenó el pago e incluso en ocasiones cobró él mismo el precio de tales operaciones, pero no

⁶⁷⁷ CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 595.

⁶⁷⁸ (RJ 2001\270)

⁶⁷⁹ En la misma línea la SAP Barcelona 23 de febrero de 2000 (ARP 2000\205) señala que “tal elemento subjetivo tendencial de aprovechamiento(...), no estimamos haya resultado acreditado, al menos con la fuerza convincente que el estado probado requiere,(...)el acuerdo se adoptó sin mayor deliberación ni especial intervención o injerencia del acusado- en el sentido de interesarse por conseguir que se aceptara la propuesta, cuya esencial conducta reprochable es la de no haber manifestado a sus compañeros de la comisión decidente que tal empresa era prácticamente de su familia y que no podía adjudicársele a ella la obra pues se encontraba inmersa en una legal causa de incompatibilidad contractual”. También exigen esta nota de prevalimiento del funcionario como un elemento subjetivo añadido al dolo: SSTS 920/2001, de 16 de mayo, (RJ 2001\5512); 1823/2000, de 27 de noviembre, (RJ 2000\9749); 127/2001 de 5 de febrero (RJ 2001\270); 1871/2001 de 22 de octubre (RJ 2001\9382); 1887/2002, de 13 de noviembre, (RJ 2002\10085); SAP Zamora 25/1999, de 3 de mayo, (ARP 199\2396).

⁶⁸⁰ (RJ 2000\9749)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

aparece en ese relato ninguna acción del acusado como alcalde que nos pudiera revelar que él se aprovechó de esa condición para que el Ayuntamiento se proveyera del combustible en su gasolinera. No se dice que hubiera existido algún acuerdo municipal para ese concreto suministro y que en tal acuerdo el acusado se aprovechara de su situación en la corporación para forzar o facilitarlo en ese sentido. Hubo simplemente el hecho de abastecerse de gasóleo y gasolina...”. También se pronuncia en este sentido la SAP de Barcelona, de 23 de febrero⁶⁸¹, en la que a pesar de que constituye un hecho probado que el alcalde interviene en un procedimiento para adjudicar un contrato a la empresa de la que es accionista, el tribunal declara que los hechos no reflejan que el sujeto se hubiera aprovechado de su condición de concejal “máxime cuando, como ha manifestado alguno de los testigos, esa propuesta de adjudicación hecha por los servicios técnicos municipales- en razón de que reunía las condiciones técnicas y era la más económica de las tres ofertas presentadas- pasó como una más entre otras de no relevante cuantía y el acuerdo se adoptó por unanimidad sin mayor deliberación ni especial intervención o injerencia del acusado”.

La ausencia de este elemento subjetivo de “especial aprovechamiento del cargo”, unido a que la conducta del sujeto activo no consistió en emitir informe alguno, única conducta sancionada tras la promulgación del Código penal de 1995, sirvió de argumento al Tribunal Supremo para dictar numerosas sentencias absolutorias entre 1999 y 2010, apelando a los principios de la intervención mínima para cuestionar el castigo de esta conducta que, de suscitar algún tipo de reproche, debía ser en todo caso en el ámbito del Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, la sentencia anteriormente mencionada manifiesta que “El derecho penal interviene en asuntos más importantes: en el caso presente si hubiera existido esa actividad concreta de aprovechamiento del cargo para forzar o facilitarse la participación” o también la STS 127/2001, de 5 de febrero⁶⁸², en la que, a pesar de quedar acreditada la infracción de las normas de incompatibilidad y el deber de abstención administrativamente establecidos, el alto Tribunal señala que no existió el tipo penal “por más que los hechos pudieran ser contrarios a la ética pública”. De este modo, a través de la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto ajeno a la

⁶⁸¹ (ARP 2000\49)

⁶⁸² (RJ 2001\270)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

redacción del precepto, los tribunales han contribuido a desactivar el tipo penal ya de por sí de difícil aplicación, evitando sancionar a sujetos criminalmente responsables.

No obstante, lo cierto es que tanto la exigencia de este requisito típico ajeno a la redacción del precepto, como las absoluciones de sujetos criminalmente responsables fundamentadas en los principios de la intervención mínima y en la ausencia de gravedad de la conducta típica se han reducido considerablemente en la jurisprudencia más reciente⁶⁸³. Esto se debe probablemente al aumento de la conciencia social sobre los efectos sociales dañosos que irrogan los delitos contra la Administración pública que se han traducido en un cambio del tratamiento que los jueces otorgan a este tipo de delitos. Tras el periodo de recesión económica, la corrupción ocupa, según las últimas encuestas del CIS, los primeros puestos de los problemas que más preocupan a la ciudadanía española⁶⁸⁴. Los jueces, como parte de ese tejido social, se han contagiado también de la importancia del problema, lo que se ha traducido en una transformación de los argumentos empleados para fundamentar sus decisiones. Así, la crisis económica ha dado lugar a que los tribunales abandonen algunos argumentos que empleaban con frecuencia para absolver de la comisión de este tipo penal como la exigencia de un elemento subjetivo de especial aprovechamiento⁶⁸⁵.

Según CUGAT MAURI, exigir este elemento subjetivo de especial aprovechamiento obedece a la necesidad de evitar que se castigue a través de este tipo penal simples situaciones en las que no hay injusto alguno, en las que el sujeto público aparece como contratista de la administración⁶⁸⁶. Por eso, señala la SAP de Castellón 12/2001, de 20 junio⁶⁸⁷, “no puede bastar para integrar el tipo con el hecho de que en una misma persona concurra la doble condición de funcionario y administrado, sino que es preciso que tal condición afecte a la transparencia y objetividad de la actividad institucional, razón por la cual la ley exige expresamente el aprovechamiento, no contentándose con presunciones o suposiciones de parcialidad difícilmente compatibles

⁶⁸³ Como apunta JAREÑO LEAL “Ya no se encuentran razonamientos en pro de buscar la respuesta fuera del Derecho penal” Vid. “Los delitos contra la Administración...”cit. pág 527.

⁶⁸⁴ Vid. datos del CIS. Disponibles en <http://www.cis.es/cis/opencms/ES/index.html>. Para ver la evolución desde el año 1995 Vid. TARÍN QUIRÓS, C. “La medición de la corrupción en España...”cit. pág. 522.

⁶⁸⁵ JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración...”cit.

⁶⁸⁶ CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 595.

⁶⁸⁷ (ARP 2001\659)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

con los principios que informan el derecho penal”. En cambio, a mi juicio, para impedir que el delito de Negociaciones prohibidas sancione supuestos de hecho que carecen de relevancia penal no es necesario exigir una conducta de aprovechamiento o un elemento subjetivo de lo injusto ajeno a la redacción típica y que no se sabe muy bien en qué debe consistir, sino llevar a cabo una interpretación conforme al bien jurídico protegido y a la infracción administrativa del deber de abstención. Esto evita que el tipo castigue situaciones en las que ni siquiera surge este deber en el sujeto activo como, por ejemplo, cuando el alcalde participa en el planeamiento de su propia ciudad u otras situaciones en las que no hay un interés directo por parte del funcionario.

En realidad, el “aprovechamiento” al que alude la literalidad del precepto penal no es un elemento subjetivo de lo injusto, sino una locución que apunta al modo en el que debe llevarse a cabo la conducta típica para que tenga relevancia penal. Como ya se ha puesto de manifiesto, intervenir en un ámbito en el que se debe intervenir no es lo censurable de esta conducta, pues esto es incluso deseable. Lo reprochable del comportamiento tipificado por el tipo penal es el aprovecharse de actuar oficialmente en un asunto para obtener un beneficio. Para prevalerse de las funciones propias de su cargo al sujeto activo no le hace falta llevar a cabo una conducta de especial aprovechamiento, sino que el mero hecho de intervenir en un procedimiento administrativo ejerciendo una función transcendente, capaz de condicionar la resolución que se dicte, ya integra este requisito típico. Son simplemente las funciones propias del cargo las que otorgan al funcionario una posición privilegiada para lograr sus intereses personales y de las este que se aprovecha. Como señala JAREÑO LEAL “es innegable que el mero hecho de intervenir en un procedimiento ya le confiere una posición privilegiada para el logro de sus intereses personales, al poder controlar las condiciones de la oferta pública y los tiempos del expediente de contratación, además de tener acceso a información privilegiada de la que carecen el resto de los concursantes”⁶⁸⁸. Y son esas facultades que otorga al autor el propio ejercicio de la función pública de lo que se aprovecha el sujeto, sin que sea necesario exigir un elemento subjetivo de lo injusto en este sentido⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. págs. 64-65; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 157.

⁶⁸⁹ Así lo apunta también JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 58; NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”. VV.AA. (GÓMEZ RIVERO, M. C.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Tampoco constituye un elemento subjetivo de lo injusto la intención de defraudar a la Administración Pública. Intervenir en un asunto ocultando el vínculo que une al sujeto con la empresa adjudicataria para evitar ser recusado o que el acto administrativo sea declarado inválido no es, a diferencia de lo que ha insinuado algún autor, equivalente al ánimo de defraudar que exige el tipo delictivo de fraude funcionarial previsto en el artículo 436 del Código penal⁶⁹⁰. En este sentido, señala CASTRO MORENO, “«facilitarse una participación directa o indirecta» (art. 439) es una forma de «defraudar» a cualquier ente público (art. 436 CP)” porque el ánimo de defraudar debe entenderse en “sentido «espiritual», como un quebrantamiento del deber funcionarial hacia el ente público, pero que no requiere ni el enriquecimiento personal ni daño alguno para el patrimonio de la administración”⁶⁹¹. En contra de lo que apunta este autor, el quebrantamiento de los deberes inherentes al cargo no puede ser identificado sin más con la intención defraudadora propia del artículo 436 del Código penal, pues, en la medida en que todos los delitos contra la Administración Pública se asientan sobre un deber administrativo, se podría afirmar que su incumplimiento constituye un fraude al ente público. La intención de defraudar al ente público como elemento subjetivo de lo injusto del artículo 436 del Código penal implica la intención de obtener mediante un engaño un beneficio a costa del erario público y es diferente a la intención de obtener un interés consistente en procurarse una participación en un negocio o actuación. En cualquier caso, sobre esta idea se profundizará cuando se trate el problema concursal.

3.4.2.2 Forzar o facilitarse una participación como elemento subjetivo de lo injusto

El abuso de las funciones propias, el especial prevalimiento del cargo o la intención de defraudar al ente público no constituyen el elemento subjetivo de lo injusto del precepto objeto de estudio, pero, como ya se ha adelantado en el análisis de la conducta típica, y a diferencia de lo que considera la mayor parte de la doctrina, este tipo penal contiene un elemento de estas características. Como se expuso en su momento, si la conducta de negociaciones es reprochable, no es por el hecho de que el sujeto

Coord). *Nociones fundamentales de Derecho penal Parte especial. Vol II*. Tecnos. Madrid, 2015, pág. 481. En el mismo sentido se pronuncia la STS 92/1999, de 1 de febrero, (RJ 1999/ 209) que señala “Esta modalidad delictiva no exige un especial móvil sino que basta con la conciencia de que se está comprometiendo la rectitud e imparcialidad de la función pública”.

⁶⁹⁰ En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. págs. 28-29.

⁶⁹¹ CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...” cit.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

intervenga en un asunto administrativo en el que debe hacerlo, pues, como bien se expuso, ésta más que ser una conducta reproachable constituye una obligación del cargo. Si la conducta que tipifica el 439 del Código penal es contraria a Derecho es porque el sujeto persigue con su actuación “forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”. Esta exigencia supone una clara diferencia con respecto al elemento subjetivo exigido en el anterior artículo 401 del Código penal, que, aludiendo a interesarse, requería únicamente que el sujeto tuviera la intención de procurarse un interés, sin que éste debiera ir vinculado a la participación en una actuación o negocio. Este elemento subjetivo de lo injusto se ha complicado a través del empleo por parte del precepto penal de una gran cantidad de términos que dificultan la interpretación del elemento subjetivo de lo injusto. Dicho esto, resulta necesario llevar a cabo un análisis pormenorizado del mismo para comprender el conjunto de la conducta prohibida.

Como ya se ha señalado anteriormente, a diferencia de lo que ha considerado un sector importante de la doctrina, la participación en un determinado asunto no constituye el resultado del delito de negociaciones prohibidas, ni el momento en el que se produce la lesión del bien jurídico, sino, que a mi juicio, constituye un objetivo al que se dirige el autor que no es necesario alcanzar⁶⁹². De este modo, el legislador consigue limitar la sanción no a cualquier lesión del bien jurídico (cualquier informe o intervención parcial), sino a aquella que se orienta a la obtención de un beneficio personal, una participación propia.

En cualquier caso, la alusión a la “participación” ha dado lugar a que la doctrina se cuestione si el elemento subjetivo de lo injusto, la intención de participar en un asunto, debe consistir en perseguir un beneficio económico al sujeto activo o la ventaja puede ser de otro tipo. Señala DELGADO GIL que “el aprovechamiento ha de ser con una finalidad; para forzar o facilitarse una ventaja de tipo económico”⁶⁹³. Esta interpretación se apoya

⁶⁹² Como ya se ha apuntado, la participación se produce cuando se emite una resolución favorable a los intereses del propio sujeto activo, sin que sea necesario que el sujeto haya iniciado su disfrute ni que se haya obtenido el beneficio económico.

⁶⁹³ DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...* cit. pág. 163. Se pronuncian a favor de exigir que la participación sea en un sentido económico: JAREÑO LEAL, A. El delito de Negociaciones prohibidas... cit. pág. 25; CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...” cit. pág. 11; CATALÁN SENDER, J. Los delitos cometidos por autoridades... cit. pág. 364-365; NIETO MARTÍN, A. “Lección

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

en el hecho de que el origen de este tipo penal, regulado como una modalidad de fraude, preveía una pena de multa proporcional “del tanto al triplo del beneficio obtenido”, lo que apoyaba una interpretación en este sentido⁶⁹⁴. A pesar de ello, como ya ponía de manifiesto la doctrina de la época, este tipo penal no implica “ni fraude, ni lucro, ni perjuicio para el Estado, ni siquiera ganancia proporcionada al interés del capital empleado. La responsabilidad nace, y nace del sólo hecho de que un funcionario directa o indirectamente se interesa por un contrato o una de las operaciones en que debe intervenir por razón del cargo”⁶⁹⁵. Por tanto, si la interpretación económica difícilmente tenía cabida en la redacción anterior a 1995, menos aún en la posterior, donde la pena de multa proporcional al beneficio obtenido desaparece y se transforma en una pena calculada conforme al sistema días-multa⁶⁹⁶.

Otro razonamiento que esgrime la doctrina para considerar que la intención del sujeto activo es de tipo económico se basa en que los términos que el tipo penal emplea “cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad”, que después se resumen en “tales negocios o actuaciones”, indican que nos encontramos ante un asunto que debe ser interpretado en un sentido puramente económico. En contra de esta opinión, reiterando lo expuesto cuando se trató el ámbito de intervención del sujeto, el precepto mezcla términos económicos con otros que carecen de dicho contenido. De hecho, el legislador contrapone los términos “negocio” a “actividad”, que abarca prácticamente toda la actuación administrativa, y si bien es cierto que el primero tiene un carácter monetario, éste no puede predicarse automáticamente de la expresión “actividad”⁶⁹⁷. Asimismo, este argumento se muestra insuficiente por sí solo para aceptar una restricción del tipo penal únicamente a la persecución de un beneficio de tipo económico, pues el hecho de que el

XXII...”cit. pág. 482; STS 372/1998 de 9 de diciembre (RJ 1998/ 10329); SAP Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999/2520), que establece “«la ratio legis» del precepto es proteger el patrimonio público del peligro que constituye la duplicidad de posiciones del funcionario”. En sentido contrario MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales...”cit. págs. 326-327 y SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 880

⁶⁹⁴ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 26.

⁶⁹⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código penal de 1870...*cit. pág. 303. Del mismo modo desvincula este tipo del fraude LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio...”cit. pág. 417.

⁶⁹⁶ Por ello, como dice MIR, si la anterior redacción hacía más plausible el requisito de un beneficio económico, “el actual art. 439 no ofrece ninguna pista como ésta en favor de entender la participación en sentido económico” “Nombramientos ilegales...”cit. pág. 326.

⁶⁹⁷ Así, MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales...”cit. pág. 326. Aunque lo cierto es que tampoco el término “negocio” ha sido siempre utilizado en un sentido económico. Por ejemplo, la LOPJ de 1870

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

acto administrativo deba ser un contrato u operación (términos de la anterior redacción), no se deriva que también el interés perseguido deba tener igual naturaleza”⁶⁹⁸.

Finalmente, hay quien considera que si la intención del sujeto activo es la de intervenir en un sentido económico es por el hecho de que una interpretación puramente gramatical del verbo “participar” así lo obliga, debido al significado de este verbo como “tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos”⁶⁹⁹. Sin embargo, tampoco este argumento resulta del todo convincente. La acepción de tomar parte en un negocio o sociedad, la cuarta en el diccionario, es más limitada que la primera y la segunda, que hacen referencia a “tomar parte en algo” o a “recibir una parte de algo” que puede ampliar su significado a otro tipo de contenido. Con una interpretación amplia del verbo participar pueden quedar incluidos ámbitos como los contratos o las subvenciones, pero también las licencias. Por consiguiente, desde el punto de vista del tenor literal del precepto la interpretación económica no es la única posible.

Además de lo expuesto, señala algún autor que la lógica también indica que el rédito que el sujeto debe perseguir con su conducta es la consecución de un beneficio material, pues será lo más habitual tanto en éste como en el resto de delitos de corrupción⁷⁰⁰. No obstante, lo cierto es que no constituye un requisito típico y se pueden exponer algunas razones en contra de que lo sea, pues existen determinados supuestos en los que el funcionario puede tener la intención de participar en una actividad o negocio, pero que la misma no le reporte un beneficio económico directo. Por ejemplo, el autor puede tener la intención de adjudicarse un contrato público licitando a un precio tan bajo que ocasione pérdidas a su empresa, pero con el objetivo futuro de deshacerse de competidores y asegurarse una mayor cuota de mercado. Asimismo, licitar bajo también puede interesar al sujeto para hacerse publicidad en un determinado sector, lo que le permitirá en un futuro tener una mayor clientela. Por tanto, el delito puede apreciarse aunque el responsable no obtenga un beneficio económico o no sea ésta su intención. Así

⁶⁹⁸ SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 882.

⁶⁹⁹ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 26.

⁷⁰⁰ CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades...*cit. pág. 364; DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*cit. pág. 163; SERRANO GÓMEZ, A. *Curso de Derecho penal...*cit. pág. 683.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

lo pone de manifiesto la SAP de Palencia 75/2000, de 16 de octubre⁷⁰¹, en la que la defensa señalaba “resulta injusto y ridículo que se condene al benefactor del pueblo que no sólo ha ganado sino que ha perdido en beneficio de su comunidad”. Pero como acertadamente responde el Tribunal, tales circunstancias en forma alguna justificarían su conducta, ya que el bien jurídico protegido se lesiona de igual modo por la intervención parcial que éste lleva a cabo. De hecho, los efectos negativos que irroga la intervención parcial de un sujeto en un procedimiento administrativo son los mismos sea cual sea el tipo de beneficio que persigue el sujeto activo, pues los administrados no han concurrido en condiciones de igualdad.

Ahora bien, independientemente de que la participación deba ser o no interpretada en un sentido económico lo cierto es que, como ya se ha expuesto, el elemento subjetivo adolece de dos problemas que, a mi juicio, harían conveniente que el legislador lo reformulara por completo. El primero de ellos es que los términos “forzar o facilitarse” han dado pie a identificarlos por parte de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia como la conducta típica del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Esto ha hecho que se hayan sancionado algunas conductas ajenas al objetivo político criminal al que se dirige esta figura típica y que podría quedar enmarcada en otros tipos delictivos más graves. En este sentido, como se apuntó en su momento, esta locución ha sido interpretada por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia como alusiva a una modalidad similar a la de exigir acciones o participaciones de una empresa a un particular a cambio de otorgar beneficios administrativos o incluso otras consistentes en amenazar o imponer mediante coacciones dicha adquisición. Por ello, aunque los términos “forzar y facilitarse” puedan ser interpretados como aquí se propone, como moduladores de la dificultad que le supone al sujeto la obtención de la participación, son innecesarios. Es decir, si la participación es un objetivo final que no debe ser conseguido por el funcionario público, es irrelevante aportar información sobre el mayor o menor ahínco que debe emplear el sujeto para obtenerla. Por ello, sería suficiente con que el precepto aludiese a “procurarse una participación”, que ya abarca conductas cometidas con una mayor o menor energía criminal y que evita las confusiones anteriormente expuestas.

⁷⁰¹ (ARP 2000\2266)

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

En segundo lugar, otro de los argumentos que se pueden esgrimir en favor de reformular los términos en los que se describe el elemento subjetivo de lo injusto viene determinado por la alusión al término participación. Definir este elemento en unos términos tan concretos supone restringir considerablemente el tipo penal en comparación con el anterior 401, que lo definía de forma más amplia como la persecución de un interés. Esta restricción no ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, pero podría plantear dificultades a la hora de castigar al funcionario público que se adjudica una licencia de obra o de apertura de un negocio, pues, como ya se ha señalado, el verbo “participar” casa mal con dichos actos administrativos. Así, por ejemplo, nos podríamos plantear si la concesión de una licencia como acto administrativo permite al sujeto tomar parte en la misma. Para evitar problemas interpretativos o dejar fuera del tipo penal conductas que atentan contra el bien jurídico de forma grave, pero que por su naturaleza plantean problemas de encaje en el verbo participar, considero que el elemento subjetivo de lo injusto debería ser reformulado en la línea del anterior Código penal y del resto de los tipos penales similares existentes en Derecho comparado, exigiendo únicamente que el sujeto activo con su intervención en el asunto persiga un interés personal.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos para la propuesta de reformulación del elemento subjetivo se evitará, por un lado, que el ámbito de intervención quede reducido a aquellos en los que el sujeto activo pueda obtener una participación y ampliado a cualquiera que suscite un interés y por otro, impedirá confusiones en la interpretación de la conducta típica, que no consiste en “forzar o facilitarse”, sino en intervenir oficialmente con la intención de procurarse un interés.

3.4.2.3 El tipo de participación: “directa o por persona interpuesta”

De acuerdo con la literalidad del artículo 439 del Código penal, la participación del funcionario en el asunto o negocio, interés que persigue el sujeto, puede ser “directa o por persona interpuesta”. La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han interpretado estos términos en el sentido de que el tipo penal abarca situaciones en las que el funcionario interviene directamente, tratando de procurarse un interés personal o lo hace a través de una persona que lo represente, un testaferro que le permita desviar la atención y ocultar su verdadera participación en el asunto, escondiendo quien obtiene el verdadero

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

beneficio⁷⁰². La pregunta que podría formularse es la siguiente: ¿por qué el sujeto activo puede tener interés en ocultar su participación a través de un testaferro? La respuesta es sencilla, independientemente de que su conducta pueda suscitar la intervención del Derecho penal, a través de este tipo penal o del de prevaricación⁷⁰³, constituye un supuesto en el que el funcionario está obligado a abstenerse, pues, de lo contrario, infringe un deber administrativo que puede dar lugar a la anulación o anulabilidad del acto administrativo sobre el que recae su intervención, lo que le impediría obtener el beneficio perseguido. Asimismo, si algún interesado conoce la existencia de dicha inclinación personal puede motivar la recusación del responsable del procedimiento. Por ello, es habitual que la autoridad o funcionario trate de ocultar su interés simplemente omitiéndolo, no revelando que tiene acciones en la empresa a la que pretende adjudicar el contrato u ocultando que es propietario de la misma a través de un testaferro⁷⁰⁴.

Aunque la referencia a “persona interpuesta” parezca estar clara, hay quien se ha planteado si permite abarcar situaciones en las que el interés que suscita la participación del sujeto no sea personal sino de un tercero. Es decir, si el tipo penal sanciona situaciones en las que el beneficio perseguido no es para sí mismo, sino para un familiar cercano, un amigo, un compañero de partido. Esta discusión se planteaba también con la redacción del anterior 401 del Código penal de 1973, que hacía referencia a que el empleado público “directa o indirectamente se interesare”. Así, PACHECO entendía que la referencia a indirectamente permitía incluir la intervención en favor de parientes próximos, como el cónyuge o el hijo no emancipado⁷⁰⁵, mientras que GROIZARD criticaba dicha interpretación, considerando que el interés debía ser personal, producto de sus actos

⁷⁰² CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas...”cit.; JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...*cit. pág. 73 y ss.; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 150; CUGAT MAURI, M. “Lección 16...”cit. pág. 597; DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios...*cit. pág. 364.

⁷⁰³ Cuya relación concursal con el delito objeto de análisis se tratará en el siguiente capítulo.

⁷⁰⁴ La SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 julio (ARP 2012\788) es un buen ejemplo del empleo de testaferros en el delito de negociaciones prohibidas. El tribunal castiga a través de este tipo penal las conductas del presidente y vicepresidente del Consell Insular de Mallorca por haber concedido subvenciones a una empresa audiovisual que habían adquirido a través de testaferros. Sin embargo, al tratarse de conductas anteriores a la reforma de 2010 el TS en casación, en su Sentencia 696/2013 de 26 septiembre (RJ 2014\1832), descarta la aplicación de este tipo penal por no tener los sujetos el deber de informar, resultando de aplicación el tipo de prevaricación.

⁷⁰⁵ PACHECO señala que “Entre las clases posibles de interés indirecto, es el interés de los parientes próximos: no digamos ya de la mujer que vive con su marido, o del hijo no emancipado; más aún el de éste, que lo está, y tiene su peculio; aun el de los hermanos; aun el de aquella, que se maneja por sí sola”, en *El Código penal...*cit. págs. 518-519.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

propios, pues ese es el injusto que trata de evitar a través de este precepto⁷⁰⁶. En cualquier caso, esta discusión queda zanjada tras la redacción introducida por el Código penal de 1995, que a través de la referencia a persona interpuesta ha sido más explícito que el anterior 401 al sustituir “indirectamente” por una alusión clara a la figura del testaferro, impidiendo la posibilidad de realizar una interpretación más amplia⁷⁰⁷. Por tanto, la literalidad del precepto no permite castigar al sujeto que actúa en beneficio de un tercero a menos que el beneficio de ese tercero pueda ser considerado como propio, lo que tendrá lugar cuando sujeto activo y tercero sean accionistas o tengan participaciones en la misma empresa como, por ejemplo, cuando se trata de un amigo-socio o una empresa familiar⁷⁰⁸.

Ahora bien, hay ciertos supuestos de favorecimiento a terceros que pueden considerarse equivalentes a la persecución de un interés personal. Este es el caso del funcionario que interviene para favorecer al cónyuge o al hijo menor no emancipado, supuestos a los que aludía PACHECO, éste último difícil de encontrar en la práctica hoy en día. Como señala JAREÑO LEAL, “parece que la propia naturaleza de la relación conyugal conlleva la existencia de un interés natural en los negocios del otro cónyuge, y conlleva también que, de una forma u otra, pueda llegar a existir una participación en el beneficio obtenido con dichos negocios, simplemente porque se alcanza mejor nivel de vida común”⁷⁰⁹. Pero para que la participación en el asunto pueda interpretarse como

⁷⁰⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código penal de 1870*...cit. pág. 304. En el mismo sentido que este autor, LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio...”cit. pág. 421.

⁷⁰⁷ Es así como se ha interpretado en todos los lugares del Código donde aparece como en el uso de información privilegiada del art. 285, la corrupción en los negocios (286 bis y ter), la financiación ilegal de partidos del 304 bis 4, el Cohecho (419, 420, 422)...Para el delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores vid. PRIETO DEL PINO, A. M. *El Derecho penal*...cit. pág. 387.

⁷⁰⁸ Así, la SAP de Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999\2520) en la que el alcalde adjudica fincas municipales a su hermano y socio; la SAP Barcelona de 23 de febrero de 2000 (ARP 2000\205) en la que el sujeto activo es administrador y accionista de la empresa junto con su padre o la SAP de Coruña 235/2007 de 4 de junio (ARP 2007\530) en la que se favorece a las empresas de familiares u otros concejales pero también a las propias. También la reciente STS 613/2016, de 8 de julio (RJ 2016\3170), en la que el sujeto activo informa favorablemente la concesión de contratos a la empresa de su hija y de su mujer pero se demuestra que él mismo también recibe beneficios de dicha empresa.

⁷⁰⁹ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas*...cit. pág. 75. De hecho, ante la ausencia de una previsión específica en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que obligara a abstenerse en caso de que existiera un vínculo matrimonial o relación análoga, la doctrina entendía que este tipo de casos debían entenderse por analogía asimiladas a la existencia de un interés personal (Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad*...cit. págs. 112-113) o a las relaciones de parentesco (Vid. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 2015.pág. 350. No obstante, la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 23.2 b) se ha reformado en este aspecto para incluir el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable como causa similar al parentesco.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

propia, deberá existir una verdadera comunidad de bienes entre los cónyuges lo que, en mi opinión, sólo ocurrirá cuando el régimen matrimonial sea de gananciales, exista de facto una comunidad de bienes como sucede en muchas parejas de hecho⁷¹⁰ o cuando el hijo, sea menor o mayor de edad, no se encuentre emancipado⁷¹¹. Lo contrario, ampliar el concepto de interés personal a supuestos como las parejas de hecho, matrimonios en régimen de separación de bienes, hijos emancipados..., supondría una interpretación extensiva de la locución “por sí o por persona interpuesta” contraria al principio de legalidad.

Dicho esto, el tipo penal deja claramente fuera del precepto casos de favorecimiento a terceros en los que no se pueda considerar que la participación en el asunto es propia, como en aquellos supuestos en los que el beneficio sea del cónyuge casado en régimen de separación de bienes, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo. Sin embargo, como se puso de manifiesto en el análisis de fragmentariedad, este tipo de situaciones de parentesco cercano crea un conflicto de interés claro y universal y no dejan lugar a dudas que la intervención en favor de los mismos por parte del funcionario es parcial en casi los mismos términos que cuando existe un interés personal. De hecho, como se expuso en su momento, a diferencia de la vulneración de otro tipo de causas de abstención, éstas no exigen la comprobación si efectivamente operaron o no en el caso concreto. Es decir, objetivan el principio de imparcialidad y es por ello por lo que se ha señalado en el análisis de fragmentariedad que este tipo de conductas merece un reproche, si no equivalente, similar al de intervenir oficialmente para obtener una participación personal en un asunto. Por ello, de *lege ferenda* considero necesario que el tipo penal sea reformulado para abarcar estos casos, tal y como hace el precepto italiano de *abuso d'ufficio*, que alude a interés propio o de un “conjunto cercano”.

⁷¹⁰ Y, claro está, siempre que no se pueda interpretar que el cónyuge o pareja actúa como testaferro, pues en este caso no hay duda de que el interés es personal.

⁷¹¹ La SAP de Barcelona 401/2004 de 17 de abril (ARP2004\378) procesa por negociaciones prohibidas al alcalde que favorece a su cónyuge pero acaba absolviendo al sujeto porque la intervención que realiza no es la de informar, verbo típico anterior a la reforma de 2010, pero nada dice sobre que no se trate de un interés personal, si el régimen matrimonial es de gananciales o de separación de bienes... Lo mismo sucede con la SAP de Ourense 2/2005 de 28 de febrero (ARP 2005\122).

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

Por el contrario, como se anticipó en el análisis de fragmentariedad, a mi juicio, debe quedar fuera del ámbito de las negociaciones prohibidas el favorecimiento a familiares más lejanos, amigos, compañeros de partido, etc. Aunque el bien jurídico protegido se halle idénticamente lesionado, cualquiera que sea el destinatario final del interés⁷¹², esta modalidad delictiva no va orientada a sancionar cualquier conducta arbitraria o parcial, sino sólo aquellas en las que no cabe ninguna duda de la misma dado que la situación de conflicto de intereses es universal, no cabe otra opción que calificarla como parcial. La existencia de un conflicto de interés que pone en riesgo la actuación del funcionario conforme a intereses generales es innegable cuando actúa persiguiendo los propios o de familiares directos, pero esta certeza decae a medida que la relación entre sujetos se aleja⁷¹³. Por ello, las conductas de favorecimiento a amigos, compañeros de partido, parientes lejanos etc. no deben entrar en el radio de acción de este precepto. Esto no significa que un sujeto que emita una resolución con la intención de favorecer a un amigo o un compañero de partido no pueda ser objeto de sanción a través del tipo penal de prevaricación en caso de que se den sus requisitos típicos.

En definitiva, en relación con el elemento subjetivo de lo injusto se ha llegado a la conclusión de que la participación, como objetivo que persigue el funcionario, tiene lugar cuando éste emite una resolución favorable a su propia causa, adjudicando la subvención o contrato a su propia empresa, sin que sea necesario que la haya comenzado a disfrutar o haya alcanzado el beneficio lucrativo que pretendía. Es más, a diferencia de lo que ha establecido un considerable sector de la doctrina, la participación que persigue el sujeto no tiene por qué traducirse en la obtención de un beneficio económico directo, pues el sujeto podrá estar interesado en recibir la adjudicación de un contrato, incluso aunque no le reporte un beneficio de este tipo de forma inmediata.

Otro de los aspectos a destacar es que la participación que debe llevar a cabo el sujeto activo será “directa o por persona interpuesta”. Antes de la reforma, la redacción del precepto permitía dudar si el autor debía actuar en beneficio propio o si, por el contrario, podría actuar en beneficio de terceros. No obstante, dicha polémica ha quedado

⁷¹² SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles...”cit. pág. 886.

⁷¹³ Así, una amistad cualquiera no tiene por qué tener ninguna incidencia corruptora en el sujeto público.

zanjada a través de una clara alusión a la figura del testaferro a través de los términos “por persona interpuesta”. Dicho esto, el sujeto deberá procurarse una participación para sí mismo, lo que podrá llevar a cabo directamente o hacerlo a través de otra persona que lo represente, esto significa que el interés que busca deberá ser exclusivamente personal. Esto deja fuera de la letra de la ley otros ataques contra el bien jurídico que han sido considerados equivalentes en gravedad en el análisis de fragmentariedad, como son las conductas de favorecimiento al cónyuge, pareja o familiares cercanos. Por eso, de *lege ferenda* se plantea la posibilidad de que en estos casos de conflictos de interés de carácter universal e indudable se amplíe para que puedan quedar abarcados. En cualquier caso, al margen de incluir una alusión al círculo cercano, a mi juicio, resulta urgente que el elemento subjetivo sea reformulado para evitar el uso de los términos de forzar o facilitarse y el de participación, que dan lugar a los problemas interpretativos y de restricción del tipo penal previamente expuestos.

3.4.3 La prueba de la existencia del dolo

Una vez analizado el elemento subjetivo de lo injusto, un aspecto que conviene tratar dentro del elemento subjetivo es el problema de la prueba del mismo. A menudo, la doctrina ha señalado que una de los principales obstáculos para poder condenar a determinados sujetos que cometen delitos contra la Administración Pública son los problemas probatorios que plantean los delitos de corrupción y que se pueden trasladar también al tipo penal objeto de análisis. En este sentido, se suele aludir a la complejidad del procedimiento administrativo, como, por ejemplo, el de contratación pública, difícilmente comprensible para el juez penal⁷¹⁴. Sin embargo, es precisamente en el procedimiento donde se encuentra la clave probatoria de los elementos objetivo y subjetivo, pues determinados aspectos funcionan como indicios de una intervención interesada⁷¹⁵. La vulneración de determinados requisitos formales o de los principios de la contratación como el de transparencia o publicidad pueden ser indicios de una adjudicación parcial. Por ejemplo, el fraccionamiento del contrato para evitar acudir a

⁷¹⁴ JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública”, en VV. AA. *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. Iustel. Madrid. 2014, pág. 150. Así, señala la autora que “para comprobar si la adjudicación de un contrato público ha sido o no adecuada a la legalidad, el juez en cuestión deberá desmenuzar todo el complejo procedimiento de contratación, paso a paso, para encontrar el momento en el cual el procedimiento de contratación ha convertido la adjudicación de dicho contrato en arbitraria”.

⁷¹⁵ En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. págs. 70-71.

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

procedimientos que obligan a dar una mayor publicidad a la licitación, la omisión de ciertos requisitos procedimentales, la ausencia de motivación suficiente de determinadas decisiones administrativas, la existencia de un único contratista en el procedimiento, la presencia de una convocatoria con unos requisitos “a medida”, etc. son indicios que pueden revelar una determinada intención por parte del sujeto⁷¹⁶. Por ello, como señala RODRÍGUEZ MORO, a menudo el problema no es la imposibilidad de probar ciertas conductas, sino la existencia de una corriente jurisprudencial que durante mucho tiempo ha tendido a aferrarse a interpretaciones de los tipos penales lo más restrictivas posibles⁷¹⁷.

No obstante, como ya se ha adelantado, lo cierto es que tras la crisis económica y el posterior aumento de la conciencia social sobre el problema de la corrupción se puede constatar la existencia de una línea jurisprudencial dirigida a ofrecer una respuesta más contundente a los delitos de corrupción. Por ello, desde hace un tiempo se puede constatar una mejora en la forma de inferir el dolo por parte de los tribunales a través de hechos objetivos y probados.

En realidad, en lo que se refiere a la prueba del dolo en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos se puede decir que es sencilla, pues simplemente exige que se demuestre que efectivamente existía un interés por parte del sujeto en el asunto, lo que no suele ser difícil incluso aunque éste oculte su participación en empresas a través de testaferros. También es necesario probar que el sujeto conocía que sobre él pesaba un deber de abstención⁷¹⁸, aspecto que tampoco es complicado de demostrar si tenemos en cuenta que las figuras del alcalde y el concejal, sujetos típicos más comunes, ejercen un rol definido de forma precisa a través de una serie de deberes y son sujetos a los que se les presupone unos mínimos conocimientos sobre la ley y el funcionamiento de la institución pública por el simple hecho de serlo. Esto se debe a que el juez podrá realizar la imputación basándose simplemente en la existencia de un rol, el de alcalde,

⁷¹⁶ JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas...* cit. pág. 39.

⁷¹⁷ En igual sentido RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el «caso Matas». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y Tráfico de influencias”, en VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, pág. 187.

⁷¹⁸ En sentido contrario la STS 613/2016, de 8 de julio (RJ 2016\3170)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

concejal o funcionario, al que se le presuponen una serie de conocimientos técnicos propios de su rango o nivel jerárquico, por lo que difícilmente resultará creíble que el sujeto desconocía la existencia de un aspecto procedimental básico como es el deber de abstenerse en determinados asuntos⁷¹⁹. En este sentido se pronuncia la SAP Almería 8 de junio de 1999 que desestima el error de prohibición porque aparece como “evidentemente ilícito a la consideración de cualquier persona, de manera que el error de prohibición no puede ser estimado”. A pesar de ello, a menudo se plantea por las defensas la existencia de un error de prohibición. No obstante, cada vez se aprecian menos por los tribunales⁷²⁰, pues la jurisprudencia más reciente señala que no cabe apreciarlo cuando el sujeto se pone en una situación de ignorancia voluntaria⁷²¹, y, menos aún, cuando el Secretario del Ayuntamiento, el interventor u otro sujeto advierte de la ilegalidad del acto administrativo⁷²², situación que es cada vez más habitual.

3.5 Conclusiones

Tras el esfuerzo interpretativo al que obliga la confusa redacción del tipo se puede decir que el injusto concretamente tipificado por el Código penal en el artículo 439 queda abarcado entre los límites mínimo y máximo de gravedad que se extrajeron en el análisis de fragmentariedad. Esto se debe principalmente a que el precepto sólo castiga conductas que suponen una intervención activa e interesada en el procedimiento, lo que constituyen

⁷¹⁹ Como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, tal modo de proceder por parte del juez no sólo es lícito sino que es la única posibilidad que tiene en materia de la prueba del dolo. Así, lo manifiesta para el juez en el delito de prevaricación pero su argumento es extrapolable al sujeto público. Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 415 (1999), págs. 1-6. En igual sentido VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...” cit. pág. 159.

⁷²⁰ A excepción de la STS 1718/2002 de 21 de octubre, que aprecia dicho error debido a que nadie advirtió al alcalde de la ilegalidad dado que el municipio por ser pequeño no contaba con gestores con los suficientes conocimientos técnico-jurídicos para conducir los trámites administrativos y en el que no consta que el Secretario-interventor ni si quiera pusiera nota desfavorable en los actos administrativos llevados a cabo.

⁷²¹ SAP Cáceres 7/2005 de 21 de abril (JUR 2005\110910) en la que el alcalde no respetó las normas más elementales de contratación, pero tampoco cubrió la plaza de secretario, eludió consultar al asesor jurídico...o la SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 julio, (ARP 2012\788) en la que el tribunal expone claramente “No podemos asimilar la ignorancia -deliberada- al error, dicho desconocimiento de la Sra. Emilia, que se pretende por la defensa, era consecuencia directa de la inexistencia de control por su parte. El dolo del que, siendo garante y conociendo las circunstancias que lo obligan a actuar, omite hacerlo, no ofrece ninguna duda.”.

⁷²² En este sentido: SAP de Cádiz 418/2015 de 29 de octubre (JUR 2016\83330); SAP de Islas Baleares 317/2014 de 17 de noviembre, (JUR 2015\68525). En el delito de prevaricación, SSTs 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004 \1781); 1223/2004 de 21 de octubre (RJ 2004\7165); STS 1343/2003 de 20 de octubre (RJ 2002\7927).

CAPÍTULO 2: LA CONDUCTA DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

afecciones al bien jurídico que causan un menoscabo al mismo. Es decir, el delito de negociaciones prohibidas sólo recoge ataques que causan la lesión del bien jurídico. Asimismo, la modalidad de ataque tipificada recoge la infracción del deber de abstención más relevante de las que se contemplan en la LRJSP, la que prohíbe al sujeto actuar en beneficio propio, por lo que su presencia permite declarar automáticamente la intervención del sujeto activo como parcial.

A pesar de ello, hay un aspecto en el que el tipo penal concretamente contemplado por el Código se queda corto y no abarca todo el área de punibilidad permitida, por lo que se estima necesario llevar a cabo una reforma de *lege ferenda* que tenga como objetivo ajustarlo a las necesidades políticocriminales expuestas. Dada la importancia de la causa de abstención prevista en el artículo 23.2 b) de la LRJSP, lo habitual de su comisión y el aumento de la conciencia social sobre el problema de la corrupción, el tipo penal debería ser reformado para abarcar no sólo aquellas conductas en las que el sujeto actúa motivado por la consecución de un interés personal, sino también en las que actúa para beneficiar al cónyuge, persona de análoga afectividad o a un familiar cercano, pues en estos casos no hay duda de que el conflicto de interés que genera la situación es casi igual de corruptor que la existencia de un interés personal⁷²³. En estas circunstancias, una intervención del autor que favorezca los intereses de este tipo de sujetos es clamorosamente parcial e interesada.

Otro de los aspectos que deberían ser reformulados en aras de aportar al tipo penal una mayor claridad interpretativa es el ámbito en el que tiene lugar la conducta típica. Una enumeración tan larga de términos como negocio, actuación, contrato, etc. es innecesaria y distorsionadora, por lo que se recomienda al legislador eliminar todos ellos y sustituirlos por “asunto administrativo”, que abarca toda la actividad de la Administración Pública. No obstante, para realmente poder ampliar el ámbito de intervención del sujeto activo, con carácter previo debe ser modificado el elemento subjetivo de lo injusto. Como ya se ha señalado, la problemática alusión a “forzarse o

⁷²³ Ello no significa que las actuaciones parciales de funcionarios públicos que intervienen a favor de parientes cercanos sean impunes, pues algunas de ellas pueden ser castigadas a través de otros preceptos penales como el delito de prevaricación. Sin embargo, cuando se expongan los problemas concursales se pondrá de manifiesto porqué debe ampliarse a estos supuestos el tipo penal de Negociaciones prohibidas.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

facilitarse una participación en el negocio o actuación” debería ser sustituida por la frase “con la intención de procurarse un beneficio” o, mejor aún, “con la intención de procurarse un interés”. Esta locución, además de crear menos confusión que la que alude a “para forzar o facilitarse una participación en un negocio o actuación”, evita que el tipo penal deje fuera supuestos de hecho clave que atentan de igual modo contra el bien jurídico, como las licencias, las autorizaciones o las adjudicaciones de plazas públicas, dado que, con una interpretación estricta del verbo participar, quedarían fuera de este precepto.

Teniendo en cuenta los aspectos acabados de apuntar, el artículo 439 del Código penal debería quedar redactado en los siguientes términos: “El funcionario que intervenga oficialmente en un asunto administrativo con la intención de procurarse un interés para sí, para el cónyuge o persona unida a él por relación análoga de afectividad o pariente por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo, será castigado con la pena...”. Aunque aparentemente simple, permite abarcar todos los supuestos que lesionan el bien jurídico a través de la modalidad delictiva que originariamente pretendía el legislador y procura un acceso fácil a la conducta prohibida.

CAPÍTULO 4: PROBLEMAS CONCURSALES



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CAPÍTULO 4: PROBLEMAS CONCURSALES DEL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

4.1 Introducción

Una vez analizado el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y cómo deben ser interpretados sus elementos para que pueda ser aplicado a los supuestos criminológicamente más habituales, el siguiente paso consiste en analizar los problemas concursales que plantea esta figura delictiva y responder a la cuestión sobre si tiene un espacio de aplicación propio o si su injusto debe quedar consumido en otros tipos delictivos ya existentes. Aunque la respuesta a este interrogante ya ha sido parcialmente contestada a lo largo del capítulo anterior, éste se configura como un objetivo fundamental de la investigación que merece un estudio pormenorizado debido a que se ha esgrimido como principal crítica contra esta figura delictiva.

Según algunos autores, la inclusión de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es innecesaria debido a que el Código penal contempla otros tipos penales como la prevaricación, el tráfico de influencias, el cohecho, etc., que responden de forma más adecuada a las necesidades político-criminales en su momento descritas⁷²⁴. De confirmarse este aspecto, el tipo previsto en el 439 del Código penal sólo serviría para agravar los problemas concursales y de solapamiento de conductas, aumentando la inseguridad jurídica ya existente en este ámbito. Dicho esto, en las próximas líneas, a colación del análisis de los problemas concursales, trataré de comprobar si efectivamente existe un espacio de aplicabilidad propio para este tipo penal, o si por el contrario, tal y como ponen de manifiesto estos autores, su injusto puede quedar subsumido en el de otras figuras similares.

Uno de los principales argumentos para afirmar que la prohibición penal prevista en el 439 no debe estar contemplada como figura delictiva autónoma en el Código penal es que ya existen otras orientadas a preservar el principio de imparcialidad previsto en el artículo 103.3 de la Constitución⁷²⁵. No obstante, el hecho de que diferentes figuras delictivas prohíban ataques contra un mismo bien jurídico no es una causa de ilegitimidad

⁷²⁴ Así, CUGAT MAURI, M. “Lección 16ª....”cit. pág. 586; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. *Comentarios...*cit. pág. 1789.

⁷²⁵ CUGAT MAURI señala que “el problema de legitimidad de la norma nace del hecho de que ya existen otras igualmente orientadas a la tutela de ese mismo bien jurídico”, vid. “Lección 16....”cit. pág. 586.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de un precepto penal, si cada una de ellas aborda dicha prohibición desde una perspectiva diferente⁷²⁶. Compartir la protección de un mismo bien jurídico simplemente implicará que el objeto de protección no es el criterio de distinción entre unos tipos penales y otros y que habrá que atender a las particularidades de la modalidad de ataque descrita en cada una de las figuras delictivas. Es decir, habrá que identificar elementos típicos, objetivos y subjetivos, característicos de cada una de ellas, tarea que simplemente complica la labor concursal. Buena prueba de la complicación existente en el ámbito de la Administración pública es que en la fase de instrucción del proceso por estos tipos penales se produce un fenómeno completamente inusual en relación a la persecución de otros y consistente en que las acusaciones califican los mismos hechos enumerando una larga lista de delitos con objeto de que sea el órgano judicial el que se pronuncie por cualquiera de ellos⁷²⁷. Para resolver este problema, como ya se señaló en su momento, resulta de enorme utilidad identificar claramente cuál es la infracción administrativa que subyace al injusto penal, especialmente cuando la redacción típica es confusa⁷²⁸.

En el caso de que dos figuras delictivas protejan el mismo bien jurídico, a priori, lo correcto sería apreciar la existencia de un concurso de leyes y no de delitos, castigando sólo a través de una de ellas. Esto sucederá cuando una de las normas penales sea capaz por sí sola de abarcar todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, lo que impedirá que surja una posterior necesidad de pena. Pero esta regla general no opera cuando existan elementos típicos propios de cada una de las figuras delictivas que justifiquen la apreciación de ambos preceptos sin incurrir en *ne bis in idem*, es decir, cuando sólo el castigo a través de los dos preceptos permita captar de forma completa el contenido de lo injusto del comportamiento delictivo⁷²⁹. Esto sucede, por ejemplo, cuando, como

⁷²⁶ Por lo que se trata de un lugar argumentativo común de la doctrina que, al igual que sucedía con la alusión a los principios de la intervención mínima, a menudo esconde la ausencia de un interés político-criminal en perseguir este tipo de conductas.

⁷²⁷ Apuntan la dificultad que encuentran los fiscales a la hora de calificar provisionalmente los hechos JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. págs. 81-82; CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, pág. 84.

⁷²⁸ Sin embargo, ASÚA BATARRITA considera que identificar las infracciones de deberes concretamente vulneradas favorece la apreciación de concursos de delitos cuando en realidad deberían ser tratados como concursos de normas. Esto se debe a que, según la autora, la afección a los distintos principios que deben informar el funcionamiento de la Administración pública (objetividad, legalidad, imparcialidad) participan de un mismo común denominador y las infracciones previstas no pueden sumarse como entidades heterogéneas. "La tutela penal..."cit. pág. 40. En el mismo sentido DE LA MATA BARRANCO, N. J. "Relación concursal entre los delitos de cohecho"...cit. pág. 341.

⁷²⁹ Pero no será posible apreciar la existencia de un concurso real cuando los tipos penales protegen un mismo bien jurídico diferenciándose únicamente en su intensidad. GARCÍA ALBERO, R. *"Non Bis in Idem": material y concurso de leyes penales*. Cedecs. Barcelona. 1995, pág. 343.

consecuencia de un delito de cohecho, se emite una resolución arbitraria y entra en juego la prevaricación. La doctrina mayoritaria considera que en este caso debe apreciarse un concurso de delitos y no de normas⁷³⁰. El motivo, intuyo, es que aunque los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos sean similares⁷³¹, cuando se produce una resolución como consecuencia de un delito de cohecho la conducta adquiere un desvalor adicional. Una resolución administrativa es un acto que produce efectos definitivos en el procedimiento y supone la adopción de una decisión por parte de la Administración pública a través de los cauces previstos legalmente para ello. En efecto, la operación (adjudicación de un contrato, una subvención, una licencia...) sirve como cobertura de legalidad a lo que en realidad es una decisión corrupta. El procedimiento administrativo, vehículo para la búsqueda del interés general y la salvaguarda de los derechos de los administrados, se pervierte y se pone al servicio de la satisfacción de intereses privados. Esta circunstancia hace que la conducta adquiera un mayor desvalor, lo que hace conveniente su sanción de forma particularizada.⁷³²

En cualquier caso, tal y como apunta ASÚA BATARRITA, en el ámbito de la Administración pública se constata que ni la doctrina ni la jurisprudencia han efectuado un desarrollo de esta temática que permita fundamentar en el ámbito de los delitos contra la Administración pública la existencia de un concurso de normas o de delitos, lo que, según la autora, explica las vacilaciones en las resoluciones judiciales⁷³³. De hecho, esta falta de elaboración doctrinal en la materia es lo que está dando lugar a que a menudo los tribunales aprecien concurso de delitos cuando en realidad debería apreciarse un concurso de normas. No obstante, lo verdaderamente criticable de las respuestas judiciales al problema concursal de los delitos contra la Administración pública es lo común que resulta la ausencia de motivación de sus decisiones en esta materia. Resulta habitual que aludan a que una determinada figura debe quedar consumida en otra sin justificar si la razón que motiva dicha decisión es el bien jurídico o la existencia de otros elementos

⁷³⁰ OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*...cit. pág. 482 y ss; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*... cit. pág. 851. Por el contrario, aprecian un concurso de normas DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho”...cit.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación*...cit. pág. 137.

⁷³¹ El principio de imparcialidad, que se protege por el delito de cohecho, se engloba en el superior de legalidad. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho”...cit.

⁷³² Para OLAIZOLA el motivo es que se produce un mayor perjuicio al correcto funcionamiento de la Administración pública y uno sólo de los tipos penales no comprende todo el desvalor del hecho. *El delito de cohecho*...cit. pág. 482.

⁷³³ ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal...”cit. pág. 40.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

comunes. Por ejemplo, en la sentencia 8/2014 de, 13 de enero⁷³⁴, sobre el artículo 439 del Código penal, el Tribunal Supremo simplemente declara que “este delito se da en concurso de normas a resolver conforme al artículo 8 del Código penal”, sin aportar información sobre el motivo por el cual quedan consumidas las negociaciones prohibidas y qué regla concursal resulta de aplicación⁷³⁵.

Antes de analizar los problemas concursales que suscita el delito de negociaciones prohibidas hay que recordar, como ya se puso de manifiesto cuando se identificó la lesión del bien jurídico, que este tipo penal no exige para su consumación la existencia de una “resolución ilegal”⁷³⁶, un perjuicio económico para la Administración pública o la consecución de un beneficio de este tipo por parte del funcionario. Tampoco que el contrato, licencia o subvención hayan sido adjudicados. Basta simplemente con que el sujeto intervenga en el procedimiento con la intención de influir decisivamente en la resolución que se emita, pues es el único acto administrativo que puede procurar al sujeto activo la participación en un negocio o actuación. Además, como ya se indicó, este tipo penal entra en juego incluso aunque aparentemente la decisión administrativa adoptada sea legítima o el contratista cumpla a la perfección con el objeto del contrato, pues el bien jurídico se ve lesionado de igual modo. Y todo ello, independientemente de que lo más frecuente será que esta figura delictiva se castigue en su fase de agotamiento, es decir, cuando el contrato ya se ha incluso ejecutado, y el sujeto ha obtenido un beneficio económico, aspectos que no configuran el injusto típico pero que, a menudo, dan lugar a confusión.

4.2 Concurso con el delito de fraudes ilegales del artículo 436 del Código penal

La conducta de negociaciones prohibidas y la de fraude funcionarial tienen una serie de puntos en común que hacen que resulte necesario dedicar un epígrafe a su distinción. El primero de ellos es el ámbito en el que ambas conductas típicas tienen lugar. De entre todos los sectores administrativos posibles, el fraude exige que el funcionario público intervenga por razón del cargo en “modalidades de la contratación pública, liquidaciones de efectos o haberes públicos” que, interpretado de forma amplia por la

⁷³⁴ (ARP 2014\228).

⁷³⁵ Crítica también con la falta de motivación en materia concursal por parte de los tribunales JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 95.

⁷³⁶ En el sentido de que se la resolución que contradiga alguna norma escrita. Como se pondrá de manifiesto a lo largo del capítulo, la resolución parcial que se emite en el delito de negociaciones prohibidas es siempre ilegal. Cfr. Capítulo I. Epígrafe 1.5.

jurisprudencia, abarca sectores administrativos como la adjudicación de subvenciones públicas y la contratación, aquellos sobre los que más sentencias de negociaciones prohibidas a los funcionarios han recaído. Además, en ambos casos, nos encontramos ante conductas que realiza el funcionario en el ejercicio de su cargo, es decir, con motivo de su intervención oficial en las mismas, por lo que quedan descartadas aquellas en las que interviene el sujeto sin tener atribuidas competencias específicas⁷³⁷. Asimismo, la intervención del sujeto activo, tanto en el fraude como en las negociaciones, deberá ser suficientemente relevante o determinante, en el caso del delito de negociaciones prohibidas, como para condicionar la decisión que se adopte sobre el fondo del asunto y en el de fraude, como para producir la detracción de fondos públicos⁷³⁸. Finalmente ninguno de los dos tipos penales requiere de la efectiva producción de un daño patrimonial al erario público, aunque en el caso del fraude sí se exige que ésta sea la intención del sujeto⁷³⁹.

Ahora bien, a pesar de coincidir ambos tipos en el carácter unilateral de la conducta, hay ciertos elementos característicos que permiten afirmar la existencia de un espacio aplicativo específico para cada una de las figuras delictivas que permite apreciarlas de forma excluyente. Para identificarlo, lo primero es dar algunas nociones sobre el delito de fraude de funcionarios públicos previsto en el artículo 436 del Código penal. Este tipo penal castiga al sujeto que interviniendo por razón de su cargo “se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar”, castigando la realización de maquinaciones, simulaciones o engaños con el objetivo de defraudar al ente público. El bien jurídico protegido por este tipo penal ha sido tradicionalmente considerado de naturaleza dual, por un lado, los principios que deben inspirar el funcionamiento de la Administración o el correcto funcionamiento de la institución pública y por otro, el patrimonio público⁷⁴⁰. Sin embargo, como se puso de

⁷³⁷ JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...* cit. pág. 90; ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...” cit. pág. 671.

⁷³⁸ ROCA AGAPITO señala que el empleo del gerundio en el tipo penal obliga a pensar que la intervención en el procedimiento de contratación por parte del funcionario público debe ser relevante. ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes y exacciones ilegales”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pág. 554.

⁷³⁹ CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales...* cit. pág. 19; ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...” cit. pág. 553; VV. AA. (LACURZ LÓPEZ, J.M. y MELENDO PARDOS, M. coord.) “Lección 6. Delitos contra la Administración pública, y 2ª”, en *Tutela penal de las Administraciones públicas*. Dykinson. Madrid. 2013, pág. 279; ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...” cit. pág. 671.

⁷⁴⁰ ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...” cit. pág. 553; CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales...* cit. pág. 18; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 895; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. “Fraudes y exacciones ilegales” en VV.AA. Aspectos generales de

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

manifiesto cuando se trató el tema del objeto de tutela, los principios que rigen en la Administración genéricamente considerados o el correcto funcionamiento de la institución pública no pueden ser elevados a la categoría de bien jurídico. Por ello, me posiciono a favor de aquellos autores que consideran que el fraude funcionarial castiga una modalidad de ataque contra el patrimonio público que es aquel afectado a fines, a la prestación de servicios públicos y al buen funcionamiento de la Administración pública⁷⁴¹. Y este, el patrimonio público, es el único bien jurídico en juego.

Por su parte, la conducta de fraude prevista en el artículo 436 del Código penal contempla dos modalidades comisivas, la consistente en concertarse con los interesados y la que implica el uso de cualquier otro artificio para defraudar. La primera de ellas, la que exige un concierto para defraudar, requiere de la existencia un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, entre funcionarios o entre uno de éstos y un particular con el objetivo de detraer fondos públicos. Dicha modalidad implica una clara diferencia con respecto a la conducta castigada en el delito de negociaciones prohibidas que es, por lo general y como se señaló en el capítulo anterior, de carácter unilateral y no exige concierto de voluntades entre dos sujetos. De hecho, sólo deja de ser una conducta enteramente unilateral cuando participa un testaferro, que interviene siempre representando los intereses del sujeto activo, por lo que, en realidad, no se produce la dualidad de posturas que tiene lugar en el fraude. Esto supone que la primera de las modalidades comisivas de fraude no plantea problemas concursales con el precepto previsto en el artículo 439.

Por su parte, la segunda de las modalidades típicas de fraude amplía el tipo penal no sólo a los casos en los que dos o más sujetos se conciertan, sino a otras conductas que impliquen “cualquier otro artificio para defraudar”, locución que ha sido cuestionada por la doctrina por apuntar a una modalidad típica demasiado abierta e indeterminada, atentando contra el principio de seguridad jurídica⁷⁴². No obstante, una interpretación sistemática de ambas modalidades permite contraponer la conducta consistente en concertarse, de carácter bilateral, con otras ajenas a dicho carácter, lo que ha dado pie a la doctrina a ampliar este tipo penal a aquellas de autocontratación o autoadjudicación de

los delitos contra la Administración. Ed. Instituto Vasco de Administración pública. Bilbao. 1997, págs. 210.

⁷⁴¹ NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII...”cit. pág. 489.

⁷⁴² CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales*...cit. pág. 28.

subvenciones que no requieren de la intervención de un tercero⁷⁴³. En efecto, comportamientos de carácter personal consistentes en maquinaciones, simulaciones o engaños que tengan por objeto defraudar al ente público. Y es precisamente la constatación de esta modalidad delictiva lo que permite afirmar la existencia de un ámbito en el que se superponen fraude y negociaciones prohibidas, tipo penal que tampoco requiere necesariamente de la intervención de un tercero.

Con todo, a pesar de las coincidencias entre ambas figuras, existen una serie de características propias de cada uno de los tipos penales que permite establecer una línea divisoria clara entre ambos y que proviene fundamentalmente de los diferentes bienes jurídicos protegidos. Como se acaba de exponer, el de fraude tiene contenido puramente patrimonial mientras que el objeto de protección del delito de negociaciones prohibidas se circunscribe a la imparcialidad en la actuación administrativa. Por ello, la conducta de fraude, aunque no requiera para su consumación la constatación de un perjuicio patrimonial para el erario público, el sujeto debe tener la intención de producirlo, de dar apariencia de legalidad a aquello que simplemente tiene como objetivo detraer fondos públicos. Este aspecto lo distingue del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, cuyo sujeto activo se aprovecha de su deber de intervenir en un asunto para colocarse a sí mismo o a su empresa en una situación favorable para recibir beneficios administrativos, impidiendo que los administrados compitan en condiciones de igualdad. En este tipo penal es indiferente si el sujeto obtiene un beneficio económico o no, o si la decisión adoptada favorece económicamente o no a la Administración pública. El elemento subjetivo de lo injusto de ambos tipos penales es un fiel reflejo de que lo protegido en cada uno de ellos es diferente. En el delito de negociaciones prohibidas, este elemento se configura como la intención de procurarse una participación en un negocio o actuación. Mientras que en el delito de fraude, el elemento subjetivo de

⁷⁴³ Considera que puede abarcar conductas de fraude unilateral ROCA AGAPITO, que pone ejemplos como la enajenación de bienes públicos por precios muy inferiores a los de mercado pero sin concierto con los compradores o la auto-asignación por los concejales de tributos inferiores a los que deberían satisfacer. “Lección 15ª. Fraudes...”cit. pág. 559. En igual sentido CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales*...cit. pág. 30; STS 455/2015, de 23 de junio, (RJ 2015\3430); VV. AA. (LACURZ LÓPEZ, J.M. y MELENDO PARDOS, M. coord.) “Lección 6. Delitos contra la Administración pública, y 2”, en *Tutela penal de las Administraciones públicas*. Dykinson. Madrid. 2013, pág. 278; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 124. No se plantea la posibilidad de castigar a través de este tipo penal conductas unilaterales ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. “Fraudes...”cit. pág. 210.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

lo injusto se configura como el ánimo de defraudar, el cual lleva aparejado irremediabilmente la intención de enriquecerse a costa de fondos públicos⁷⁴⁴.

Como se expuso en el capítulo anterior, a pesar de lo que ha expuesto algún autor, el ánimo de defraudar propio del delito de fraude no es equiparable a la intención de obtener un interés en un asunto administrativo al que alude el tipo de negociaciones prohibidas. Tampoco es equivalente a la conducta del sujeto activo de ocultar al resto de miembros de un órgano colegiado que se tiene un interés personal por una de las opciones. El ánimo de defraudar es algo más y consiste en obtener un beneficio indebido engañando a la Administración⁷⁴⁵, aspecto que, según la doctrina, dota al fraude de una mayor especificidad⁷⁴⁶ y que, a mi juicio, lo que hace es conferirle un mayor contenido de lo injusto. La intención de engañar a la Administración y detraer fondos públicos constituye un mayor desvalor de acción que la intención de procurarse un beneficio administrativo con carácter preferente sobre el resto de administrados. Esta diferencia de contenido de lo injusto es lo que justifica la diferencia penológica existente entre ambos tipos penales, que convierte al fraude en un precepto más severo. En caso de concurrir ambos, es ese injusto específico del fraude lo que permite la aplicación de este tipo penal con carácter excluyente en detrimento del delito de negociaciones.

Expuesta la idea de que el tipo de fraude y el de negociaciones prohibidas son preceptos excluyentes, resulta cuestionable la solución concursal a la que llega la SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 de julio⁷⁴⁷, en la que dos sujetos votan a favor de la concesión de subvenciones a una empresa audiovisual adquirida mediante testaferros para la realización de programas de televisión que finalmente no se llevaron a cabo con el objetivo único de detraer fondos públicos. El tribunal castiga por un delito de negociaciones prohibidas en concurso real con otro de fraude funcional y ambos en concurso medial con un delito de malversación⁷⁴⁸. Sin perjuicio de que en el siguiente

⁷⁴⁴ ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...”cit. pág. 671; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 895; ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...”cit. pág. 560. Aunque hay quien considera que el ánimo de defraudar no constituye un elemento subjetivo de lo injusto diferente al dolo. Vid. CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales...*cit. pág. 65.

⁷⁴⁵ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 126.

⁷⁴⁶ Aspecto que, según JAREÑO LEAL, convierte al artículo 436 del Código penal en un precepto más específico. Vid. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 89.

⁷⁴⁷ (ARP 2012\788)

⁷⁴⁸ Sin embargo, el Tribunal Supremo casa esta sentencia y descarta la aplicación del delito de negociaciones prohibidas en su sentencia 696/2013, de 26 de septiembre, (RJ 2014\1832), por el hecho de que la conducta del sujeto activo no consiste en informar, según la redacción anterior a 2010, sino en resolver. Por tanto, el TS absuelve por este delito pero condena por un delito de prevaricación.

epígrafe se analice la cuestionable solución concursal a la que llega la jurisprudencia respecto a los delitos de fraude y malversación, que con una dudosa argumentación permite la apreciación de ambos, a mi juicio, una vez acreditado que el objeto de la subvención no se llevó a cabo y que los expedientes administrativos a través de los cuáles éstas se adjudicaron “eran el «disfraz» con pretensiones de legalidad de un plan de detracción de fondos públicos previamente concertado”, el tipo de negociaciones prohibidas debería haber cedido en favor del fraude, pues esta figura recoge todo el desvalor de la conducta.

No obstante, el hecho de que sean excluyentes no significa que se pueda descartar la existencia de tramas en las que aparezcan conductas diferentes y sin conexión alguna que permitan la apreciación de ambos tipos en relación de concurso real. Así, por ejemplo, un alcalde o concejal puede intervenir en un asunto para adjudicar a su propia empresa un contrato infringiendo el deber de abstención y posterior e independientemente cometer distintas modalidades de fraude como “sobrefacturar” determinados servicios o incluso cobrar por la no realización de los mismos⁷⁴⁹.

Ahora bien, distinguir en un caso de autocontratación o autoadjudicación de una subvención cuándo nos encontramos ante un delito de negociaciones prohibidas o ante un delito de fraude no siempre es fácil. Es decir, diferenciar la intención del sujeto consistente en obtener un beneficio administrativo con carácter preferente de la de apropiarse mediante engaño de fondos públicos es complicado en la práctica, especialmente porque la adjudicación de una subvención o contrato implica siempre una entrega patrimonial al adjudicatario por parte de la institución pública. A mi juicio, refleja la intención de defraudar al erario público la adjudicación de un contrato a una empresa ficticia o la adjudicación de un contrato cuando la contraprestación del mismo también sea inexistente, pues dicha conducta revela “el objetivo de dar cobertura formal a un plan que sólo persigue detraer fondos públicos sin contraprestación empresarial alguna⁷⁵⁰”. También evidencia la intención de detraer fondos públicos por encima de la de obtener un beneficio administrativo en condiciones ventajosas los supuestos de autocontratación en los que la adjudicación del contrato se hace por un precio muy superior de mercado, pues “sobrefacturar” a la Administración también revela la intención de apoderarse de

⁷⁴⁹ Así también JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...* cit. pág. 92.

⁷⁵⁰ JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...* cit. pág. 92.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

fondos públicos⁷⁵¹. A diferencia de estas modalidades, en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos el contratista tiene intención de llevar a cabo la obra o servicio que corresponda como contraprestación, el precio objeto del contrato no es superior, sino ajustado al de mercado, el contrato o subvención como acto administrativo no es ficticio, sino que existe realmente.... Aspectos que permiten afirmar que la intención del sujeto es colocar a su propia empresa en una situación injustamente beneficiosa de cara a la obtención de una subvención, contrato, etc.

También deben ser calificados como fraude, y no como negociaciones prohibidas, aquellos supuestos en los que la necesidad que motiva el acto administrativo carece de toda justificación razonable o no existe realmente siendo éste la excusa perfecta para apoderarse de fondos públicos. Por ello resulta criticable el resultado al que llega la STS 606/2016, de 7 julio⁷⁵², que descarta la apreciación del fraude a pesar de que concurre dicha circunstancia. Aunque constituye un hecho probado que la necesidad de la compra de sillas para el Ayuntamiento “no había sido ni suscitada ni planteada”, el Tribunal alega que su precio es el usual de mercado y que por consiguiente “no aparece la producción de un daño o perjuicio patrimonial para la entidad pública”. En contra de lo que argumenta el tribunal, la intención de producir un perjuicio económico a la Administración se pone de manifiesto, no con el hecho de adquirir las sillas a un precio usual de mercado, sino por el de que la adquisición de sillas por parte del ayuntamiento no estaba justificada, sino que había sido falsamente creada con el único objetivo de satisfacer los intereses económicos de un correligionario político. Este hecho convierte a la inversión patrimonial realizada por el Ayuntamiento en carente de justificación administrativa y, por consiguiente, revela la intención de ocasionar un perjuicio económico para el erario público, que se manifiesta como un aspecto más grave que el simple hecho de otorgar un contrato para el suministro de sillas por motivos privados⁷⁵³.

Tampoco se plantea la posibilidad de aplicar el delito de fraude para castigar la conducta del alcalde que vende unos terrenos de su propiedad al Ayuntamiento el tribunal en la SAP de Islas Baleares 106/2000, de 23 mayo⁷⁵⁴. Teniendo en cuenta que el objeto del contrato, unos terrenos propiedad del Alcalde, no es un bien fungible, el tribunal

⁷⁵¹ Así, CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales...* cit. pág. 41.

⁷⁵² (RJ 2016\3375)

⁷⁵³ Al no quedar demostrada la existencia de un perjuicio patrimonial o la intención de producirlo a ojos del TS, éste condena al sujeto activo por un delito de prevaricación.

⁷⁵⁴ (ARP 2000\734)

podría haberse al menos cuestionado si efectivamente existía la necesidad por parte del consistorio de adquirir algún tipo de terreno en esa zona para satisfacer alguna necesidad administrativa o incluso si se adquirió por un precio adecuado al de mercado porque, de darse estas circunstancias, se constata la existencia de un delito de fraude y no del de negociaciones prohibidas, que fue el que apreció el Tribunal.

El problema es que todavía resulta poco habitual que los tribunales condenen a un sujeto por fraude por el hecho de que la necesidad administrativa ha sido ficticiamente creada. Salvo casos excepcionales, raramente la jurisprudencia analiza si existió una necesidad administrativa que motivara la decisión concretamente adoptada. Esto se debe a que tradicionalmente se ha considerado como una injerencia por parte del juez penal en un ámbito, el de los actos políticos, que por regla general no estaba sometido a control. Sin embargo, la doctrina administrativa cada vez insiste más en la necesidad de limitar el círculo de los actos políticos y someterlos a control jurisdiccional, actitud que también debería ser trasladada al ámbito penal. De hecho, se puede afirmar que la crisis económica y el aumento de la conciencia social sobre la gravedad de los efectos de la corrupción han dado lugar a un tímido cambio de tendencia jurisprudencial en este sentido. Por ello, cada vez resulta más habitual que los tribunales se planteen al menos la posibilidad de que tras una determinada resolución no exista una necesidad administrativa que la justifique⁷⁵⁵.

En definitiva, la intención de detraer fondos públicos que motiva la aplicación del 436 del Código penal exige la constatación de determinados aspectos: que el objeto del contrato o subvención no se llevó a cabo, que no se realizó la obra o servicio que figuraban como contraprestación, que la empresa era ficticia, que el precio objeto del contrato era superior al de mercado o que no existía la necesidad administrativa que motivó la disposición patrimonial por parte de la Administración pública. En el caso de que no se pueda inferir de datos objetivos y probados alguno de los aspectos que justifican la intención de defraudar, subsidiariamente podrá entrar en juego el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos siempre que se den sus requisitos. Así, por ejemplo, en caso de que no se pueda conocer si el precio del objeto de un contrato fue de mercado entrará en juego el delito de negociaciones prohibidas si se reúnen sus requisitos, pues, al fin y al cabo, este tipo penal simplemente exige probar que el sujeto intervino en un contrato o subvención de un modo favorable a su propia causa. Por consiguiente, en este

⁷⁵⁵ Así, la SAP de Islas Baleares 8/2014 de 13 de enero, (ARP 2014\228).

supuesto, se puede afirmar que el tipo de negociaciones prohibidas es subsidiario respecto al fraude⁷⁵⁶.

4.3 Concurso con el delito de malversación del artículo 432 del Código penal

La relación concursal entre el tipo penal de malversación y el de negociaciones prohibidas es similar a la que mantiene éste último con el fraude funcionarial, por lo que en algunos aspectos me remitiré a lo expuesto anteriormente. La conducta de malversación consiste en dar aplicación privada a caudales, efectos o bienes destinados a cumplir una función pública. La mayor parte de la doctrina considera que el bien jurídico es el mismo en ambos casos y que, al igual que sucedía con el fraude, las conductas encuadrables en dicha figura conllevan un doble ataque a la función pública⁷⁵⁷. Por un lado, una deslealtad del funcionario, una infracción de los deberes de custodia y gestión de caudales públicos o un atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración pública y por otro, una lesión al patrimonio que, en el caso de la malversación, requiere no sólo la intención por parte del sujeto, sino un efectivo menoscabo del erario público. Sin embargo, al igual que sucedía con el fraude, la infracción de deberes inherentes al cargo o el correcto funcionamiento de la Administración pública no son bienes jurídicos legítimos, por lo que, en realidad, estoy de acuerdo con aquellos que consideran que el bien jurídico de la malversación se limita a la protección del patrimonio público.

Aunque, a priori, el ámbito de aplicación de la malversación sea más amplio que el de fraude funcionarial, que se limita a “modalidades de la contratación pública, liquidaciones de efectos o haberes públicos”, los problemas concursales que se plantean entre negociaciones y malversación son los mismos o incluso menores que los que se planteaban entre el tipo objeto de estudio con respecto al fraude funcionarial. Esto se debe a dos motivos, el primero es que aunque el ámbito de la malversación sea más amplio, lo cierto es que los sectores en los que confluyen malversación y negociaciones son

⁷⁵⁶ Esto mismo sucede en Alemania con respecto al delito de *Untreue* previsto en el § 266 StGB. El cual se suele aplicar con carácter preferente respecto a otros tipos penales de corrupción como el delito de cohecho, que son de difícil prueba PERRON, W. “Probleme und Perspektiven...”cit. pág. 222.

⁷⁵⁷ Consideran que el bien jurídico es dual ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. pág. 372; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial...* pág. 888; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. “Fraudes...”cit. pág. 210. Consideran que el bien jurídico se limita al patrimonio públicos ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII...”cit. pág. 668; DE LA MATA BARRANCO, N. /ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. *Malversación...*cit. pág. 78; ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...”cit. pág. 496; ACALE SÁNCHEZ, M. “Lección 25...”cit. pág. 207.

prácticamente los mismos en los que coincidía éste con el fraude y se limitan a dos: la contratación pública y las subvenciones. El segundo de ellos es que el tipo penal de fraude, al igual que el de negociaciones prohibidas, no requiere para su consumación la existencia de un efectivo perjuicio patrimonial para la Administración pública. Sin embargo, el hecho de que el fraude suela castigarse en su fase de agotamiento, es decir, una vez se ha producido la lesión para el erario público, da lugar a que la tarea de distinguir este tipo penal del de malversación se complique, no afectando ello, en realidad, a la hora de establecer un criterio de distinción de ambos con respecto al delito de negociaciones prohibidas. En consecuencia, una vez se constate la producción de un perjuicio económico para el erario público o la intención de producirlo entrarán en juego los tipos de malversación o fraude y quedará relegado el de negociaciones prohibidas.

El delito de malversación previsto en el artículo 432 del Código penal ha sido reformado por medio de la Ley Orgánica 1/2015. En la actualidad ya no describe la conducta típica en los términos “sustraer o consentir que un tercero sustraiga”, sino que se ha configurado como el delito de administración desleal (432.1CP) y de apropiación indebida (432.2 CP)⁷⁵⁸. Esto significa que el funcionario deberá tener los bienes mediante alguno de los títulos que aparecen en los correspondientes preceptos (administración desleal, 252 CP y apropiación indebida, 253 CP). En la administración desleal de patrimonio, la conducta del funcionario consiste en excederse de las facultades de administración asumidas, causando un perjuicio al patrimonio administrado. Por su parte, en la modalidad de apropiarse indebidamente, lo relevante es que el funcionario haya recibido un bien mueble por un título que lo obligue a devolverlo⁷⁵⁹. El objetivo de la reforma es, según MUÑOZ CONDE, castigar a través de este tipo penal todos los supuestos que antes se tipificaban en distintos delitos, incluyendo conductas consistentes tanto en sustraer como en distraer⁷⁶⁰, impidiendo así lagunas de punibilidad de conductas que implican destinar o aplicar indebidamente caudales que, a pesar de causar un perjuicio al erario público, difícilmente encajan en los términos “sustraer consentir que otro sustraiga”⁷⁶¹. Así, por ejemplo la nueva regulación pretende evitar que se pueda absolver

⁷⁵⁸ Por tanto, a partir de ahora pierde sentido la explicación que daba CASTRO MORENO a la distinción entre malversación y fraude, que consideraba que el tipo de fraude iba orientado a castigar conductas consistentes en una administración desleal mientras que los de malversación se dirigían a sancionar supuestos de apropiación indebida. Vid. *Fraudes contractuales...* cit. págs. 82-84.

⁷⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 890.

⁷⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 890.

⁷⁶¹ Hay quien apunta que ya con la anterior redacción se venía haciendo una interpretación amplia del término sustraer que permitía abarcar conductas encuadrables en el concepto de administración desleal.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

a un sujeto que lleve a cabo una conducta como la del ex presidente balear Jaume Matas en el caso “concurso”, que realiza una artimaña a través de una empresa pantalla para poder remunerar de forma encubierta a la persona que le elabora los discursos, que no podía constar oficialmente por quebrantar una norma de incompatibilidad. El Tribunal considera, con una dudosa argumentación, que en este caso no resulta de aplicación el delito de malversación porque los caudales no van destinados a un fin particular, sino a uno de transcendencia pública. Como ya se puso de manifiesto en el capítulo relativo al bien jurídico, la persecución de fines de interés general es incompatible frontalmente con camuflar preferencias personales o tratos de favor o disfavor. En este caso aunque el sujeto no incorpore los caudales públicos a su patrimonio, del procedimiento de adjudicación llevado a cabo difícilmente se puede afirmar que el objetivo del sujeto activo es satisfacer intereses generales. Por consiguiente, resulta cuestionable que, incluso con la anterior regulación, no pudiera castigarse a través del delito de malversación dicha conducta⁷⁶².

Volviendo al tema que nos concierne, la búsqueda de criterios delimitadores entre los delitos de malversación y negociaciones prohibidas, al igual que sucedía con el fraude funcional, la aplicación preferente del delito de malversación respecto al de negociaciones tendrá lugar cuando la adjudicación de una subvención o contrato por parte de un funcionario a sí mismo o a su propia empresa tenga como objetivo menoscabar el erario público, intención que se pondrá de manifiesto cuando el sujeto no cumpla con la contraprestación que el otorgamiento de la subvención o contrato exige, cuando se haya otorgado la subvención sin que se cumplan los requisitos para su adjudicación ni remotamente, cuando la empresa a la que se adjudica sea ficticia, cuando la necesidad que motivó la disposición patrimonial no se justifique...es decir, los mismos que se apuntaron para el delito de fraude⁷⁶³.

Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la administración pública”...cit. pág. 374. Sin embargo, hay un sector jurisprudencial considerable que ha absuelto por la comisión del delito de malversación a pesar de quedar constatado el menoscabo al patrimonio público porque la conducta del sujeto no se ajustaba a los términos “sustraer o consentir que otro sustraiga” como las SSTs 411/2013, de 6 mayo, (RJ 2013\7571); 663/2004, de 21 mayo, (RJ 2005\7464); 537/2002, de 5 abril, (RJ 2002\4267); 1026/2009, de 16 de octubre, (Rec. 2097/2008).

⁷⁶² SAP de Islas Baleares 18/2012, de 19 de marzo, (ARP 2012\278). Sobre esta cuestionable decisión por parte del tribunal Vid. RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública...” cit. pág. 162.

⁷⁶³ Indudablemente este tipo de conductas darán lugar a problemas concursales entre los delitos de malversación y fraude.

Como ya se expuso en el epígrafe anterior, dada la complejidad de las tramas de corrupción, la intención de detraer fondos públicos y la de recibir un beneficio administrativo con preferencia respecto al resto de los administrados no es siempre fácil de distinguir. Se puede exponer como ejemplo de dicha dificultad el supuesto de hecho de la SAP de Islas Baleares 8/2014, de 13 de enero, en la que todo indica que la complicada trama elaborada por los dos acusados revela una intención de apropiarse de fondos públicos por encima de la de favorecer a su propia causa. En este caso, los funcionarios públicos, socios también de una inmobiliaria, le adjudican a ésta un contrato de alquiler. Hasta aquí podríamos hablar de la existencia de un delito de negociaciones prohibidas. Sin embargo, mediante una serie de artimañas utilizan ese dinero que la Administración abona en concepto de alquiler de los dos locales para adquirir su propiedad al dueño de los mismos. Además, la sentencia señala innumerables indicios que acaban por decantar la balanza en favor del tipo de malversación, quedando suficientemente acreditada la intención de los acusados de “hacerse con la propiedad de los locales con los recursos financieros del Consorcio de Turismo joven”. Así, señala el Tribunal, que teniendo en cuenta que dicha entidad ocupaba ya una serie de locales, “ninguna necesidad ni justificación había para dicho alquiler”, menos aún dada la precaria situación financiera del ente público. Otro dato que ayuda a revelar que la intención de los acusados era la de detraer fondos públicos es que, además del alquiler, éstos realizaron reformas en los inmuebles alquilados, lo que muestra la intención de revalorizar la propiedad recién adquirida. En este caso, hay datos suficientes para considerar que la intención de los sujetos va más allá de la de adquirir un beneficio administrativo en condiciones ventajosas, por lo que resulta acertado que la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos quede relegada y que entren en juego los delitos de malversación y prevaricación.

Otro caso que se plantea en la jurisprudencia y que analiza la confluencia entre malversación y negociaciones prohibidas es la ya comentada SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 julio⁷⁶⁴, casada por la STS 696/2013, de 26 septiembre⁷⁶⁵, en la que los autores adjudicaron a su propia empresa audiovisual, adquirida mediante testafierros, una subvención para la realización de programas de televisión que no se llevaron a cabo. El Tribunal Supremo señala que el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios

⁷⁶⁴ (ARP 2012\788)

⁷⁶⁵ (RJ 2014\1832)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

públicos no es de aplicación porque al tiempo de realización de los hechos la ley todavía exigía que el sujeto típico tuviera el deber de informar, no siendo la conducta del acusado la de informar sino la de resolver. Sin embargo, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este epígrafe, si precisamente la conducta de negociaciones prohibidas no debe entrar en juego en este caso concreto y debe hacerlo sólo el fraude o la malversación es por el hecho de que en este caso la intención manifestada por el sujeto no es la de recibir un beneficio administrativo con preferencia respecto al resto de administrados, sino que queda suficientemente demostrada la intención de detraer fondos públicos. Así, de hecho, lo pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo cuando dice “la subvención en cuestión no respondía a una necesidad real ni del departamento de comunicación del Consell de Mallorca, ni a un interés público, general o social”⁷⁶⁶. Por consiguiente, lo más acertado hubiera sido que el tribunal de primera instancia apreciara únicamente los delitos de malversación o fraude, sin sancionar también a través del de negociaciones prohibidas.

En cualquier caso, como ya se ha señalado, los verdaderos problemas concursales no tienen lugar entre negociaciones prohibidas y malversación, sino entre este último y el fraude. El delito de fraude castiga a aquel que se concierte con otro sujeto o que realice cualquier artificio sin necesidad de producir un menoscabo del erario público, aspecto que sí es contemplado por el delito de malversación. Por su parte el tipo de malversación, de medios indeterminados, permite abarcar conductas que mediante engaño produzcan una efectiva lesión al patrimonio público y en la actualidad que conlleven una conducta de Administración desleal. Como señala ROCA AGAPITO la superposición de ambos delitos es total en el caso de que, por ejemplo, se simulen negocios para detraer dinero público⁷⁶⁷.

Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria ha apreciado la existencia de forma conjunta de ambos delitos en relación de concurso medial⁷⁶⁸. Así, el Tribunal Supremo

⁷⁶⁶ En el mismo sentido también se pronuncia la SAP de Barcelona de 3 octubre 2005 (JUR 2007\43520), que rechaza la aplicación de un delito de negociaciones prohibidas porque no existe un deber de abstención pero aprecia el delito de malversación en concurso real con el de prevaricación.

⁷⁶⁷ ROCA AGAPITO, L. “Lección 14ª. Malversación”...cit. pág. 513.

⁷⁶⁸ Así, las SSTs 1537/2002, de 27 de septiembre, (RJ 2002\8178); 806/2014, de 23 diciembre, (RJ 2014\6890); 797/2015, de 24 noviembre, (RJ 2015\6320); 696/2013, de 26 septiembre, (RJ2014\1832); 394/2014, de 7 de mayo, (RJ 2014\3296). Por el contrario, defienden su incompatibilidad las SSTs 841/2013, de 18 noviembre, (RJ 2014\3061); 673/2016, de 21 julio, (RJ 2016\379). Resulta curioso que la sentencia en la que apreció, según reiterada jurisprudencia, por primera vez la compatibilidad entre ambos tipos penales, la STS 190/1995, de 16 febrero, (RJ 1995\1176) nunca apuntó a tal compatibilidad, pues ni siquiera se acusó por malversación en dicho procedimiento. Vid. CASTRO MORENO, A. Fraudes contractuales...cit. págs. 78-79.

en su sentencia 806/2014, de 23 diciembre⁷⁶⁹, señala “es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación”. En el mismo sentido señala la STS 257/2003, de 18 febrero⁷⁷⁰, “la sanción de la malversación es compatible con la del delito de fraude del artículo 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial”. De este modo, el artificio o concierto para defraudar funcionan como un medio para consumir la malversación, lo que se justifica, según la jurisprudencia mayoritaria, en que el delito de fraude, que es de mera actividad e incluso de peligro abstracto, no abarca la lesión al patrimonio público y consiguiente enriquecimiento por parte del funcionario, aspectos que formarán parte del agotamiento del delito y deberán ser llevados al tipo de malversación⁷⁷¹.

No obstante la doctrina mayoritaria considera que precisamente el hecho de que el fraude no requiera para su consumación la efectiva lesión del patrimonio público, aspecto que sí queda abarcado por el delito de malversación, es lo que justifica que este último lo desplace cuando concorra dicha circunstancia⁷⁷². Esto se debe a que el bien jurídico, el mismo en ambos casos, se ve puesto en peligro a través de la concurrencia de artificios o conciertos para defraudar y lesionado en caso de que con éstas se cause una lesión efectiva al patrimonio público⁷⁷³. Eso significa que ambos delitos se encuentran en progresión delictiva, por lo que el delito de lesión (la malversación) debe consumir al de peligro (el fraude)⁷⁷⁴. Como apunta un sector muy minoritario de la jurisprudencia que se suma a la opinión de la doctrina mayoritaria “la existencia de este acuerdo de voluntades

⁷⁶⁹ (RJ 2014\6890)

⁷⁷⁰ (RJ 2003\2443)

⁷⁷¹ Considera que es de peligro abstracto ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...”cit. pág. 558 y 564; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 141.

⁷⁷² ROCA AGAPITO, L. “Lección 15ª. Fraudes...”cit. pág. 558 y 564; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. págs. 136 y ss.

⁷⁷³ Consideran el fraude como delito de peligro JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración y la contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, pág. 533, e incluso abstracto ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. “Fraudes...”cit. pág. 208.

⁷⁷⁴ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. págs. 136-137.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

(modalidad delictiva del fraude) representa un acto meramente preparatorio de la conducta típica de malversación de caudales⁷⁷⁵.

Otro argumento para apreciar la malversación con carácter excluyente es que este es un delito de medios indeterminados y abarca también la modalidad consistente en concertarse con otro sujeto o emplear cualquier otro artificio para defraudar propio del 436 del Código penal⁷⁷⁶. Por ello, la solución a la que llegan los tribunales de forma mayoritaria no es adecuada si efectivamente uno de los preceptos aplicables contiene por sí solo todo el desvalor de los hechos concretos que entran en concurso. Así, expone el Tribunal en su STS 841/2013, de 18 de noviembre,⁷⁷⁷ “si varias personas se conciertan para defraudar a la Administración (vía sustracción de fondos públicos) y finalmente defraudan (sustrayendo esos fondos) con la provocación de un quebranto patrimonial (perjuicio), el precepto aplicable será el contenido en el art. 432, que comprende todo el desvalor de la conducta”⁷⁷⁸.

A pesar de que la conclusión de que sólo debe apreciarse uno de los dos tipos penales para no incurrir en *non bis in idem* sea acertada, pongo en duda que el motivo sea que el delito de fraude obedece a una estructura de peligro cuyo desvalor queda abarcado por el de malversación, que obedece a una estructura de lesión. Aunque no voy a abordar esta cuestión con detenimiento, lo que me desviaría del objeto de esta investigación, considero que hay datos que apuntan a que el delito de fraude no es un delito de peligro, sino de lesión⁷⁷⁹. A mi juicio, el concierto o el artificio para defraudar aunque no suponen la automática detracción del patrimonio público, ya producen efectos en este sentido que van más allá de una simple puesta en peligro de los caudales, pues determina efectos jurídicos en el sistema social del mismo modo que un contrato de arras genera una serie de obligaciones entre comprador y vendedor aunque todavía no se haya efectuado la compraventa. De hecho, si la jurisprudencia mayoritaria no consume el desvalor propio del fraude en el tipo penal de malversación es porque en el fondo de esta postura late la

⁷⁷⁵ STS 841/2013, de 18 de noviembre, (RJ 2014\3061).

⁷⁷⁶ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 139. Aunque esta autora, con la actual redacción pone en duda que el engaño pueda incluirse como modalidad comisiva del delito de malversación. JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración...”cit. pág. 533.

⁷⁷⁷ (RJ 2014\3061)

⁷⁷⁸ En este sentido CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales*...cit. pág. 78; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. págs. 138.

⁷⁷⁹ Ni tampoco de mera actividad sino de resultado. Tal y como apunta QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos cometidos por los funcionarios públicos (III)”, en *Derecho penal español .Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 1234.

idea de que el fraude parece hacer referencia a una modalidad propia, agravada por el empleo de engaño como modalidad comisiva.

En este sentido, hay autores que consideran que la modalidad prevista en el artículo 436 es una modalidad agravada de malversación motivada por la existencia de engaño y limitada al ámbito específico de la “contratación pública, liquidaciones de efectos o haberes públicos”. Por tanto, al tipo de fraude irían ataques contra el patrimonio público que exigen engaño y artificios o maquinaciones defraudatorias mientras que a través del tipo de malversación se castigarían menoscabos del patrimonio más burdos. Así, señala QUERALT que el fraude en relación con la malversación es *lex specialis*⁷⁸⁰. El problema que planteaba esta interpretación es que, aunque lógica, no encajaba con la diferencia penológica existente entre ambos tipos que preveía una pena considerablemente más alta para el delito de malversación, convirtiéndolo el legislador en un tipo mucho más grave. Sin embargo, la LO 1/2015 ha elevado la pena de delito de fraude considerablemente a y la ha igualado con el delito de malversación, lo que vuelve a poner sobre la mesa dicha posibilidad y que, a mi juicio, constituye la solución más adecuada.

4.4 Concurso con el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal

El delito de prevaricación en su modalidad básica, prevista en el 404 del Código penal, es el que más problemas concursales plantea con el de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Esto se debe a que desde la reforma de 2010 ambos castigan la conducta de emitir una resolución, parcial (en el delito de negociaciones prohibidas) y arbitraria (en el delito de prevaricación). Antes de dicha reforma, el artículo 439 del Código penal castigaba únicamente la conducta de informar, por lo que la posibilidad de que ambos tipos penales coincidieran estaba prácticamente descartada. Por ello, durante el periodo de tiempo que transcurrió entre la promulgación del Código penal de 1995 y la reforma penal de 2010 algunas de las conductas que actualmente son encuadrables en el delito de negociaciones prohibidas, como la adjudicación por parte de un alcalde de un contrato público infringiendo el deber de abstención, fueron calificadas en el mejor de los casos como conductas prevaricadoras⁷⁸¹. Dicho esto, una vez ampliada la conducta del

⁷⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos cometidos por los funcionarios públicos (III)”, en *Derecho penal español .Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 1235.

⁷⁸¹ Por ejemplo, los hechos que recoge la STS 189/2008, de 25 de abril, (RJ 2008\1855), que relatan un incumplimiento del deber de abstención grave por parte del sujeto activo pero que paradójicamente no es

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, las posibilidades de solapamiento entre ambas es clara. Expuesto esto, antes de comenzar con la ardua tarea de deslindar ambas figuras delictivas es preciso exponer las características del injusto propio del delito de prevaricación.

La conducta regulada en el 404 del Código penal castiga a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que una resolución es un acto administrativo que constituye una declaración de voluntad, de carácter decisorio y efectos ejecutivos externos⁷⁸². Como señala la STS 939/2003, de 27 de junio⁷⁸³, “resolver es decidir en sentido material o, como se ha dicho, sobre el fondo del asunto”, lo que no significa que deba tener carácter definitivo, agotar la vía administrativa o no ser susceptible de recurso⁷⁸⁴. Lo relevante es que suponga una declaración de voluntad por parte de la Administración, con independencia de la forma que revista (escrita, oral, expresa o tácita)⁷⁸⁵. Además, tal y como establece reiteradamente la doctrina en esta materia, no tiene por qué coincidir literalmente con el concepto de resolución establecida por el Derecho administrativo⁷⁸⁶.

A pesar de los límites amplios en los que se define el concepto de resolución típica en el Código penal, un sector de la jurisprudencia la ha restringido a aquella que pone fin al procedimiento y que «decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo» según los términos del artículo 89 de la LRJPAC⁷⁸⁷, dando lugar a que el concepto de resolución se vincule excesivamente a la calificación que se le otorga al acto en la ley administrativa, ley laboral o fiscal... Un buen ejemplo de esta postura jurisprudencial es la calificación que han hecho los jueces penales de las actas de infracción o de conformidad levantadas por la inspección fiscal o laboral, que no han

considerado como un aspecto esencial del procedimiento por parte del Tribunal Supremo que permita calificar la conducta como prevaricadora.

⁷⁸² VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 145 Como señala la STS 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015\1359) “dirigida en última instancia a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta”.

⁷⁸³ (RJ 2003\4366)

⁷⁸⁴ En sentido contrario se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 502/2012, de 8 junio, (RJ 2012\6737), que señala “no puede afirmarse que se adoptara una decisión definitiva y de fondo sobre el devenir del atestado, al quedar abierta la posibilidad de una ulterior y diferente calificación de los hechos”.

⁷⁸⁵ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 25.

⁷⁸⁶ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 145.

⁷⁸⁷ STS 627/2006, de 8 junio, (RJ 2006\6295). Esta definición se encuentra actualmente recogida en el artículo 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

sido consideradas “resolución” a efectos penales porque no son definidas como tal en sus correspondientes legislaciones, lo que ha dado lugar a un buen número de absoluciones por la comisión de este delito⁷⁸⁸. Sin embargo, esta postura jurisprudencial resulta criticable en la medida que ignora la autonomía conceptual propia del Derecho penal, que permite elaborar una definición propia de resolución más acorde con la idea de que el acto despliegue los efectos propios de una declaración de voluntad en el sistema social, sin atender a la calificación del mismo que haga en el sector jurídico correspondiente. No obstante, esta crítica ha sido acogida recientemente por un sector jurisprudencial que ha calificado como resolución administrativa el levantamiento de reparo formulado al alcalde por la intervención de fondos⁷⁸⁹ o la decisión de someter al pago una serie de facturas⁷⁹⁰.

Según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, no tienen carácter resolutorio los actos de trámite. A lo largo del procedimiento administrativo, que normalmente es formalizado, se llevan a cabo otro tipo de actuaciones (propuestas, circulares, dictámenes, informes...) que lo instrumentan y lo ordenan y son funcionales al mismo en la medida que sirven para poder dictar una resolución. Estos actos no constituyen una decisión material sobre el fondo del asunto y, por consiguiente, no pueden ser calificados como tal a efectos penales⁷⁹¹. Aunque a lo largo del capítulo anterior se ha señalado su importancia, estos actos administrativos, incluso los informes de carácter vinculante, carecen de carácter resolutorio dado que sus efectos en el sistema social no son equiparables a los que produce una resolución⁷⁹². Así, considera GONZÁLEZ CUSSAC que un informe, aunque sea vinculante, puede ser considerado como máximo como un acto de participación en el hecho principal, que sería la resolución dictada por el órgano

⁷⁸⁸ Así, las SSTS 939/2003, de 27 junio, (RJ 2003\4366); 309/2012, de 12 abril, (RJ 2012\5612); 48/2011, de 2 febrero, (RJ 2011\2372) y la SAP de Barcelona, de 27 de septiembre de 2002 (ARP 2002\711).

⁷⁸⁹ STS 597/2014, de 30 julio, (RJ 2014\4173).

⁷⁹⁰ STS 841/2013, de 18 noviembre, (RJ 2014\3061).

⁷⁹¹ La mayor parte de la doctrina ha rechazado que se puedan incluir en el delito de prevaricación los actos de trámite. Así, FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1681; FABIÁN CAPARRÓS, E. “Lección 24. Delitos contra la Administración pública (I)”, en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016, pág. 151; VV. AA. LACRUZ LÓPEZ, J.M. y MELENDO PARDOS, M. (Coord.) Tutela penal de las Administraciones públicas. Dykinson. Madrid, 2013, págs. 122-123; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación*...cit. pág. 50; STS 627/2006 de 8 de junio; HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª. Prevaricación de los funcionarios públicos”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pág. 133.

⁷⁹² En el mismo sentido VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. págs. 131 y 143.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

competente al que sirve el informe⁷⁹³. Tampoco encaja dentro del concepto de resolución la emisión de un voto favorable en un órgano colegiado con capacidad decisoria, pues como expone VIRTO LARRUSCAIN “el votar a favor hace referencia no a otro estadio del procedimiento, sino a una forma de coautoría de los órganos colegiados, que nada añade a los rasgos del acto administrativo básico”⁷⁹⁴. Por tanto, como apuntan estos dos autores, la norma general es que las conductas de votar e informar no sean castigadas a través del 404 del Código penal, sino sólo en la medida que contribuyan a la adopción de una resolución injusta, siendo los sujetos que las lleven a cabo castigados como partícipes o coautores. En consecuencia, los delitos de negociaciones prohibidas y prevaricación se solapan tanto en la conducta de emitir una resolución (parcial en el de negociaciones e injusta o arbitraria en el de prevaricación) y en aquellas otras consistentes en votar o informar, que se sancionan de forma autónoma por el delito de negociaciones prohibidas y sólo en la medida que contribuyan a la emisión de una resolución, por el de prevaricación. Esto significa que, a priori, todas las conductas susceptibles de ser castigadas a través del artículo 439 del Código penal dan lugar a problemas concursales entre ambas figuras delictivas. Teniendo en cuenta esta situación, en primer lugar analizaré los problemas que suscita la conducta de resolver y a continuación haré lo correspondiente con las de votar e informar.

Para que la emisión de una resolución pueda ser sancionada a través del delito de prevaricación deberá ostentar el carácter de “injusta” o “arbitraria”, conceptos a los que alude el artículo 404 del Código penal. Mucho se ha escrito sobre ambos términos desde que se incorporó el de “arbitrariedad” a la redacción de 1995. Así, en un principio se apuntó que suponía exigir un plus de injusto con respecto al término previsto en la anterior redacción típica. Sin embargo, en la actualidad, la mayor parte de la doctrina concibe los adjetivos “injusta” y “arbitraria” como equivalentes en un Estado de Derecho, pues ambos deben ponerse en relación con el ordenamiento jurídico y se vinculan a la idea de

⁷⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación*...cit. pág. 50. En este sentido también, GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 46.; VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 131. También la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, como la STS 405/2009, de 13 de abril, (RJ 2009\2948), que señala “la insuficiencia del informe para integrar el tipo de prevaricación previsto en el art. 404 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), no es el resultado de una interpretación jurisprudencial voluntarista. Antes al contrario, conecta de forma esencial con el tratamiento jurídico que la legislación administrativa atribuye a tales informes, en contraste con el que es propio de la resolución como verdadero vehículo formal para el ejercicio de la actividad administrativa”.

⁷⁹⁴ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 131.

legalidad, dado que injusto y arbitrario expresan una contradicción con la ley y con el Derecho⁷⁹⁵. Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en reiteradas ocasiones en que se trata de un concepto objetivo, que no depende de las convicciones subjetivas que sobre la justicia o el Derecho tenga el propio autor, sino que se relaciona con el ordenamiento jurídico⁷⁹⁶. De modo que injusta será toda resolución contraria a Derecho⁷⁹⁷.

Aunque el concepto de “injusticia” es la base tanto de la prevaricación administrativa como de la judicial, hay que señalar que dicho concepto tiene unas connotaciones diferentes en ambos tipos delictivos debido a las diferentes funciones que la Constitución prevé para cada uno de las actividades propias del Estado⁷⁹⁸. Según el artículo 117.1 de nuestra Carta Magna, el poder judicial debe someterse únicamente al imperio de la ley mientras que el artículo 101 señala que la Administración pública se encuentra sometida a la ley y al Derecho. Si la actividad administrativa se somete también al Derecho es porque en este ámbito, en el que rige el indeterminado concepto de interés general y la Administración pública goza de un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones, es lógico que dicha actividad se vea sometida no sólo a la literalidad de la norma escrita, sino también al control que proporcionan los Principios Generales del Derecho⁷⁹⁹. Por ello, como se analizará a lo largo del epígrafe, la resolución será injusta o arbitraria y, por consiguiente objeto de sanción a través del delito de prevaricación, cuando sea contraria a Derecho o a los Principios generales que orientan la actuación administrativa.

Teniendo en cuenta la relación del concepto de arbitrariedad e injusticia con el de legalidad, se puede afirmar que una resolución injusta o arbitraria es siempre una resolución ilegal, pero no toda resolución que adolece de una ilegalidad debe ser considerada injusta o arbitraria a efectos de aplicar el artículo 404 del Código penal. La

⁷⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 360.

⁷⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; STS 1223/2004, de 21 de octubre, (RJ 2004\7165); MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I) Prevaricación y otros comportamientos injustos”, en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011, pág. 920. Por el contrario, hay un sector jurisprudencial que considera que el concepto de arbitrariedad supone un plus respecto al de injusticia, como la STS 1056/2002, de 3 de junio, (RJ 2002\6040).

⁷⁹⁷ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 150.

⁷⁹⁸ diferencias existente entre la actividad administrativa y la de impartir justicia VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 122.

⁷⁹⁹ GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 359.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

jurisprudencia en este sentido reitera que para que una conducta pueda ser subsumida en el delito de prevaricación no es suficiente con que sea ilegal, contraria a Derecho, sino que hace falta algo más, la ilegalidad debe revestir el carácter de grave⁸⁰⁰. Por ello, los tribunales y la doctrina señalan que el tipo penal debe reservarse para las infracciones más graves de los principios básicos de la Administración pública y no para meras ilegalidades⁸⁰¹. No constituye prevaricación el mero incumplimiento de formalidades legales al emitir la resolución, sino que se exige un mayor desvalor. Así, los tribunales recurren habitualmente a la idea de que “no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del Derecho”⁸⁰². La arbitrariedad implica un plus de antijuridicidad⁸⁰³. No obstante, el verdadero problema respecto al delito de prevaricación es trazar el límite entre la ilegalidad que da lugar a la injusticia o arbitrariedad, sancionable por el delito de prevaricación, de aquella que no tiene entidad suficiente y no debe ser sancionada por este sector del ordenamiento⁸⁰⁴. Esta distinción es importante para conocer si una actuación parcial, propia del delito de negociaciones prohibidas, es también arbitraria o injusta en el sentido que exige el de prevaricación.

Con el objetivo de concretar el concepto de arbitrariedad, la jurisprudencia tradicionalmente ha apuntado a que la ilegalidad sancionada por el Derecho penal a través de este delito debe ser “patente”, “grosera”, “clamorosa”, “evidente”, “grotesca”....⁸⁰⁵. Así, la SAP Castellón 360/2004⁸⁰⁶, de 29 de diciembre, expone “es oportuno recordar el estricto concepto que de aquellos términos viene manejando la más prudente jurisprudencia, que, consciente del carácter de última «ratio» que debe atribuirse al Derecho penal, equipara la manifiesta injusticia a términos como torcimiento del Derecho, contradicción con el ordenamiento de manera patente y grosera, injusticia flagrante y clamorosa, resolución fundada en el simple capricho, arbitrariedad esperpéntica...”. Esta línea ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal

⁸⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de...* cit. pág. 121.

⁸⁰¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 849; VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...” cit. pág. 151; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 25.

⁸⁰² STS 226/2006, de 19 de febrero, (RJ 2006\2275).

⁸⁰³ FABIÁN CAPARRÓS, E. “Lección 24...” cit. pág. 151.

⁸⁰⁴ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...” cit. pág. 154.

⁸⁰⁵ Sobre la diferencia entre mera ilegalidad y arbitrariedad Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la administración pública...” cit. pág. 363.

⁸⁰⁶ (ARP 2005\236)

Supremo como apunta la sentencia 1223/2004, de 21 de octubre⁸⁰⁷, que señala que la prevaricación debe limitarse a “resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante, y clamoroso o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal”. La discordancia entre la resolución y el ordenamiento jurídico debe ser tan patente y clara que cualquiera pudiera entenderlo por carecer de explicación razonable⁸⁰⁸. Como señala ORTIZ DE URBINA “por medio de la hipérbole se distingue la noción de arbitrariedad del mero incumplimiento legal”⁸⁰⁹.

A pesar de ello, hay argumentos para afirmar que esta postura no establece un límite claro que contribuya a distinguir cuáles son las conductas que deben ser sancionadas a través de este precepto, además de constituir una restricción a comportamientos con suficiente relevancia como para ser sancionadas a través de este tipo penal⁸¹⁰. Es cierto que la ilegalidad castigada por el delito de prevaricación debe suponer un plus de antijuridicidad respecto a aquellas conductas sancionadas por otros sectores del ordenamiento. Sin embargo, el empleo de adjetivos como “patente”, “grosera” o “esperpéntica” para calificar la contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico no parece razonable en la medida que sitúan el límite de relevancia penal en un punto demasiado elevado y difícilmente alcanzable por cualquier resolución, pues incluso supone incorporar un requisito típico no previsto en la redacción del precepto. Por este motivo, la jurisprudencia ha absuelto en numerosas ocasiones al considerar que la conducta del sujeto no alcanza suficiente nivel de gravedad como para ser sancionado a través de este precepto.

Un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial es la STS 917/2003, de 23 de junio⁸¹¹, en la que el Tribunal no condena al alcalde acusado a pesar de que no aprueba previamente los puestos de trabajo que debían ser asignados, no prevé la asignación económica para la actividad desarrollada y tampoco realiza la oferta pública de empleo.

⁸⁰⁷ (RJ 2004\7165)

⁸⁰⁸ Señala reiterada jurisprudencia que la arbitrariedad debe ser de tal calibre hasta el punto de “que pueda ser apreciada por cualquiera”. SSTs 226/2006, de 19 de febrero, (RJ 2006\2275); 487/1998, de 6 abril, (RJ 1998\4016); 1677/2001, de 25 septiembre, (RJ 2001\8092); 986/2005 de 21 julio, (RJ 2005\6729). También hablan de la “fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho” las SSTs 1026/2009, de 16 octubre, (RJ 2009\5994); 181/2012, de 5 de marzo, (RJ 2012\4065); 340/2012, de 30 abril, (RJ 2012\5975); 696/2013, de 26 septiembre, (RJ 2014\1832).

⁸⁰⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la administración pública”...cit. pág. 363; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1681.

⁸¹⁰ También en este sentido HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª...”cit. pág. 138.

⁸¹¹ (RJ 2003\6245)

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La sentencia argumenta que “es obvio que nos hallamos ante meras ilegalidades administrativas y no ante una resolución arbitraria que clamorosamente evidencia un claro desprecio a los intereses generales”. En este mismo sentido también se pronuncia la STS 927/2003, de 23 de junio⁸¹², que absuelve al alcalde que a través de un procedimiento plagado de ilegalidades administrativas encarga un estudio para la construcción de un parque temático a una empresa privada por 600.000 dólares. La resolución se emite eliminando los mecanismos de control que prevé el propio procedimiento, como la votación de la decisión por el Pleno del Ayuntamiento y el resto de los órganos colegiados. Sin embargo, a juicio del tribunal “aunque en ella (la resolución) pudiera admitirse la concurrencia de alguna de las ilegalidades denunciadas, lo que en modo alguno puede decirse es que dicho acto constituya una contradicción insuperable y de grado notorio con la legalidad vigente, un torcimiento del Derecho, una flagrante injusticia, una decisión totalmente arbitraria e indigna, impropia de la Administración, ni una situación próxima al abuso de poder, que, en definitiva, es lo que define el panorama jurídico propio del delito de prevaricación”⁸¹³.

Además de la dificultad que entraña que una resolución alcance tal nivel de arbitrariedad o injusticia, el hecho de que la ilegalidad del acto deba ser calificada como “esperpéntica” o “clamorosa” hasta el punto de que la ilegalidad pueda ser percibida por cualquiera es discutible porque parece esconder tras de sí la idea de que se permite prevaricar al funcionario siempre que lo haga de forma discreta, sin que se note el carácter injusto o arbitrario de la resolución⁸¹⁴. Por el contrario, su conducta se convertirá en reprochable si ha sido tan descuidado y su infracción tan burda como para que pueda ser percibido por cualquier sujeto, incluso ajeno a la institución pública. Sin embargo, la prevaricación administrativa, a diferencia de la judicial, no es un delito de técnicos en Derecho, pero lo cierto es que el sujeto que ejerce funciones públicas tiene conocimientos

⁸¹² (RJ 2003\6367)

⁸¹³ El establecimiento de un nivel de arbitrariedad tan riguroso ha favorecido que la jurisprudencia haya incorporado al tipo penal requisitos típicos que ni siquiera se encuentran previstos en el Código penal, como por ejemplo la existencia de un perjuicio económico a la Administración o que los sujetos activos obtengan un beneficio de este tipo. Absuelven del delito de prevaricación por no darse estas circunstancias las SSTS 226/2006, de 19 de febrero, (RJ 2006\2275); 181/2012, de 5 de marzo, (RJ 2012\4065); 927/2003, de 23 de junio, (RJ 2003\6367). Críticamente con esta tendencia jurisprudencial JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración...”cit. pág. 522.

⁸¹⁴ Crítico con esta posición jurisprudencial en el ámbito de la prevaricación judicial. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 415 de 25-11-1999, págs. 1-6.

técnicos superiores a los de la media sobre cómo funciona el procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, una autoridad o funcionario público conoce la necesidad de consignación presupuestaria de un determinado gasto, la obligación de sacar a concurso público la adjudicación de un servicio u obra, las decisiones que deben ser votadas en Pleno o las que pueden ser adoptadas por el alcalde unilateralmente, los contratos que pueden ser tramitados a través del procedimiento negociado o el procedimiento abierto... aspectos sobre la legalidad administrativa que no tiene por qué saber un ciudadano cualquiera.

Las figuras del alcalde y el concejal ejercen un rol especial definido de forma precisa a través de una serie de deberes y a los que se les presupone unos mínimos conocimientos sobre la ley y la práctica administrativa por el simple hecho de ostentar dichos puestos. Y es ese superior conocimiento de la legalidad administrativa lo que les permite prevaricar sin que sea fácilmente perceptible por cualquiera. Por consiguiente, la ilegalidad que da lugar al delito de prevaricación no debe ser tan clara como para que cualquiera pueda percatarse de la misma, sino que la regla precisamente debe ser la contraria, como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “que la decisión injusta sea encubierta como si de Derecho se tratase”⁸¹⁵. De hecho, la práctica administrativa demuestra que una resolución puede ser injusta o arbitraria sin ser una “barbaridad” administrativa detectable a simple vista, sino tratándose de una decisión “ajustada” a Derecho que aparentemente no vulnera ninguna norma legal⁸¹⁶. Esto sucede, por ejemplo, cuando el proceso de motivación que ha llevado a su adopción es contrario al ordenamiento jurídico, lo que no siempre es fácilmente detectable si se atiende únicamente a la decisión concretamente adoptada y no al procedimiento de adopción en su conjunto.

El establecimiento de requisitos tan exigentes para apreciar el delito de prevaricación ha llevado a los Tribunales tradicionalmente a aferrarse a interpretaciones lo más restrictivas posibles del tipo penal, reduciendo este tipo penal a los supuestos más burdos y evidentes e impidiendo ampliarlo a otros en los que la ilegalidad es más sutil y la resolución es “aparentemente” ajustada a Derecho⁸¹⁷. El hecho de situar el límite de

⁸¹⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo...”cit.

⁸¹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...*cit. pág. 29.

⁸¹⁷ En igual sentido respecto a la jurisprudencia de los delitos contra la Administración pública en general RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el «caso Matas». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias”, en

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

tolerancia penal tan alto ha dado lugar a que muchos sujetos, especialmente alcaldes y concejales, hayan sido absueltos de la comisión de este tipo penal, a pesar de que en la emisión de la resolución administrativa han infringido aspectos procedimentales clave o principios inspiradores del Derecho administrativo. No obstante, el cambio de percepción sobre la importancia y los efectos sociales que produce la corrupción ha dado lugar a que se haya producido un giro jurisprudencial en este sentido. Por ello, a pesar de que los tribunales siguen evocando en sus pronunciamientos los mismos adjetivos para delimitar el radio de acción del delito de prevaricación, desde 2010 raramente lo hacen para absolver de comportamientos graves que cumplen los requisitos típicos⁸¹⁸. Por ello, como ha señalado la jurisprudencia en diversas ocasiones, lo determinante no es el empleo de estos adjetivos sino el análisis de los supuestos de hecho donde dichos adjetivos han sido empleados⁸¹⁹.

Un buen ejemplo de que la jurisprudencia está cambiando es la reciente STS 125/2016, de 22 de febrero⁸²⁰, en la que se castiga a la alcaldesa que aprueba la provisión de un puesto público debido a que las presiones recibidas la llevan a promover a una candidata que tiene en un primer momento la calificación de “no apto”. La defensa señala que el resultado de la resolución no es del todo incompatible con la totalidad de las interpretaciones posibles de los preceptos legales que tendrían que haber sido objeto de aplicación. Sin embargo, como acertadamente argumenta el Tribunal, promover a una candidata calificada como “no apta” supone una abierta contradicción con el ordenamiento jurídico que debe ser calificada de arbitraria y sancionada a través de este tipo penal. En el razonamiento de esta sentencia late la idea de que para que una resolución sea calificada como prevaricadora no es necesario llegar hasta el límite de otorgar el contrato a alguien, por ejemplo, que no reúne los requisitos para el empleo público o que ni siquiera se había presentado al concurso, sino que otras ilegalidades más

VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, pág. 188.

⁸¹⁸ Un buen ejemplo son las recientes SSTS 670/2015 de 30 de octubre (RJ 2015\5159) y 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015\1359)

⁸¹⁹ Así, la STS 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004\6059) “pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados”. En este sentido también las SSTS 228/2013, de 22 marzo, (RJ 2013\8314); 1026/2009 de 16 octubre (RJ 2009\5994); 504/2003 de 2 abril (RJ 2003\4204); 49/2010 de 4 febrero (RJ 2010\1415); 755/2007, de 25 septiembre, (RJ 2007\6285).

⁸²⁰ (RJ 2016\538)

sutiles también pueden ser calificadas como graves y dar lugar a que la resolución sea calificada como arbitraria.

Otro de los mecanismos apuntados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para establecer límites entre la mera ilegalidad y aquella grave que debe ser sancionada a través del delito de prevaricación es establecer una línea divisoria con respecto a lo dispuesto por el Derecho administrativo. Así, la jurisprudencia reitera que no podrá ser considerada arbitraria una resolución “cuando pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo”, evitando así que se acuda a la *ultima ratio* como medio para sancionar conductas que deben quedar en la jurisdicción administrativa⁸²¹. En este sentido, se pronuncia también la STS 1636/2000, de 26 de octubre⁸²², que señala que “las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por la vía de las reclamaciones en vía gubernativa y eventualmente en la jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Por ello, apunta el Tribunal, “es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación⁸²³”.

También dicha postura doctrinal resulta cuestionable, pues parece apuntar a que si la ilegalidad puede ser subsanada en el ámbito administrativo no requerirá de un castigo por parte del Derecho penal al funcionario que emite la resolución, por lo que sólo deberá ser objeto de castigo aquella ilegalidad administrativa que no pueda ser reparada en este sector del ordenamiento. Es decir, según esta opinión, la imposición de una sanción penal depende de la posibilidad de que la ilegalidad cometida pueda ser subsanada a través de la declaración de nulidad o anulabilidad de la resolución administrativa dictada. Sin embargo, como ya se expuso en su momento, una cuestión es anular una decisión con el fin de que deje de producir efectos en el sistema social de referencia y se repare cuanto antes la legalidad vulnerada, tarea que se lleva a cabo desde el Derecho administrativo, y

⁸²¹ MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43...”cit. pág. 919; HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª...”cit. pág. 124; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 849.

⁸²² (RJ 2000\8798)

⁸²³ STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781). En igual sentido STS 755/2007 (RJ 2007\6285); 927/2003, de 23 de junio, (RJ 2003\6367); STS 225/2015, de 22 de abril, (RJ 2015\1359); 340/2012, de 30 de abril, (RJ 2012\5975).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

otra muy distinta es exigir responsabilidad personal a un sujeto por un comportamiento socialmente dañoso cometido. Ambos sectores, administrativo y penal, no son alternativos sino complementarios y deben ser capaces de intervenir conjuntamente en caso de que se comentan ilegalidades graves⁸²⁴. De hecho, esta situación será la más deseable desde un punto de vista global del ordenamiento jurídico, por un lado, declarar la nulidad o anulabilidad del acto para que reparar el orden administrativo perturbado y, por otro, imponer una sanción al sujeto responsable para que se desplieguen en ese caso los fines de la pena.

Señala la jurisprudencia más tradicional que no se puede identificar simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación⁸²⁵. Pero lo cierto es que en un sector del ordenamiento jurídico como el administrativo, donde rige el principio de conservación del acto, la declaración de nulidad supone un poderoso indicio para poder afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria encuadrable en el delito de prevaricación. Y así lo apunta la reciente STS 225/2015, de 22 de abril, cuando señala que “los acuerdos fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa, declarando que había «desviación de poder», lo que implica de por sí una actuación dictada groseramente fuera del ordenamiento jurídico”. De hecho, como señala HAVA GARCÍA, resulta difícil imaginar supuestos en los que un acto nulo de pleno derecho desde el punto de vista administrativo no revista también el carácter de resolución arbitraria sancionable a través del delito de prevaricación. Por consiguiente, en las próximas líneas se analizarán las causas de nulidad de pleno derecho que en líneas generales coinciden con las causas de arbitrariedad que la jurisprudencia penal ha identificado para aplicar el delito de prevaricación (ausencia de competencia, infracción de los requisitos procedimentales esenciales, que la resolución sea contraria al ordenamiento jurídico)⁸²⁶.

A tenor de lo expuesto deben considerarse fracasados los intentos para establecer criterios de distinción entre ilegalidades leves y graves que puedan servir para situar el límite de relevancia penal de la prevaricación. Como se ha señalado, más que buscar la frontera entre ilícito administrativo e ilícito penal, el propósito debe ser establecer

⁸²⁴ En sentido contrario MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43...”cit. pág. 919.

⁸²⁵ La STS 49/2010 de 4 de febrero (RJ 2010\1415) expone “A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación”.

⁸²⁶ HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª...”cit. págs. 137-138. Como señala la autora, la prevaricación requiere que la infracción de la legalidad administrativa sea tan grave como para suponer la nulidad de pleno derecho no simplemente la anulabilidad. “Lección 4ª...”cit. pág. 138.

criterios objetivos que delimiten la conducta sancionable de aquella que no debe suscitar un reproche en este sector del ordenamiento. Por ello, la jurisprudencia viene estableciendo desde hace tiempo una serie de causas tasadas, que coinciden con las causas de nulidad de pleno derecho, que son: ausencia absoluta de competencia de aquel que dicta la resolución, infracción de las normas más elementales del procedimiento y que la resolución constituya una contradicción clara con los principios informadores del Derecho administrativo hasta el punto de que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable⁸²⁷. Como suele señalar el Tribunal Supremo “si se da alguna de ellas de forma grave se puede decir que el único sustento de la misma fue la voluntad del sujeto, convertida irrazonablemente en fuente de normatividad y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional⁸²⁸”. No obstante, a mi juicio estas tres causas se pueden reconducir a las dos últimas pues, al fin y al cabo, una ausencia absoluta de competencia de aquel que dicta la resolución no es otra cosa que el quebrantamiento de una norma procedimental básica.

La omisión de aspectos procedimentales para la adopción de una decisión no se puede identificar directamente con la calificación de los hechos como prevaricación a menos que, como señala la doctrina y la jurisprudencia, afecte a aspectos esenciales del mismo⁸²⁹. La transgresión de una norma procedimental debe ser tan importante como para que implique una perversión del fin público que protege⁸³⁰. El delito de prevaricación no se da por el simple hecho de que se hayan quebrantado las formalidades legales, sino cuando la infracción de las mismas sea de tal calibre que dé lugar a que la resolución sea contraria a los valores administrativos que debe salvaguardar y respetar la institución pública⁸³¹. Por ende, para considerar que nos encontramos ante una resolución arbitraria

⁸²⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la administración pública”...cit. pág. 362-363 JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*... cit. pág. 27; FABIÁN CAPARRÓS, E. “Lección 24...”cit. págs. 152-153; STS 1658/ 2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781); STS 226/2006 de 19 de febrero (RJ 2006\2275); STS 371/ 2016 de 3 de mayo (RJ 2016\1726); 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004\6059); 670/2015 de 30 de octubre (RJ 2015\5191); 225/2015 de 22 de abril RJ 2015\1359; 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015\1720).

⁸²⁸ STS 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015\1720). En el mismo sentido STS 1068/ 2004 de 29 de septiembre (RJ 2004\6059).

⁸²⁹ STS 755/2007 DE 25 de septiembre (RJ 2007\6285); JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*... cit. pág. 28.

⁸³⁰ VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 142; SSTs 331/2003 de 5 de marzo (RJ 2003\2814); 1818/2012 de 15 de marzo (RJ 2012\40).

⁸³¹ STS 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004\6059).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

el procedimiento puede no estar plagado de irregularidades administrativas, sino que es suficiente con que éstas recaigan sobre aspectos esenciales del procedimiento.

No todas las normas de procedimiento pueden reputarse básicas a estos efectos, pero “lo son, desde luego, si con su infracción o no aplicación se suprime el control que la norma pretendía establecer sobre determinadas actuaciones administrativas⁸³²”. La elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto adquiere carácter fundamental “pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución⁸³³”. Sustanciales son aquellos mecanismos orientados a dar un trato igualitario a los administrados como, por ejemplo, las normas que salvaguardan las garantías de publicidad y transparencia, especialmente en aquellos procedimientos administrativos como la adjudicación de subvenciones o la contratación pública que se desarrollan en concurrencia competitiva⁸³⁴. También constituye un control imprescindible la consignación presupuestaria de un determinado gasto o la elaboración de un pliego de condiciones para la adjudicación de un contrato. Asimismo, la tramitación como procedimiento de urgencia de cuestiones que, por no existir dicha circunstancia, no deben ser gestionadas a través de dicho cauce también supone la eliminación deliberada de controles administrativos fundamentales, por lo que podría constituir un indicio de la comisión del delito de prevaricación⁸³⁵.

Asimismo, son de carácter sustancial aquellos mecanismos que suponen el sometimiento a control de una determinada decisión por parte de otros agentes, tanto de la propia Administración como de sujetos ajenos a la misma. Así, por ejemplo, la emisión de una resolución sin el correspondiente informe preceptivo elaborado por parte del funcionario técnico en la materia es una causa de nulidad administrativa y en determinadas circunstancias un indicio de prevaricación⁸³⁶. También se considera esencial el control que ejercen otros órganos políticos colegiados como el Pleno del

⁸³² STS 181/2012 de 5 de marzo (RJ 2012\4065). En el mismo sentido STS 331/2003, de 5 de marzo (RJ 2003, 2814).

⁸³³ STS 755/2007 (RJ 2007\6285).

⁸³⁴ En sentido contrario respecto a la publicidad MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro)””, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 (2), pág. 405.

⁸³⁵ En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*. ...cit. pág. 37.

⁸³⁶ Aunque no tiene porqué ser prevaricación si el informe no es imprescindible. Así, la STS 1772/200 de 14 de noviembre (RJ 2000\9294).

Ayuntamiento, por lo que se podrá considerar grave la conducta de un alcalde que evita el paso de la decisión por dicho tipo de órganos⁸³⁷. La motivación de las decisiones administrativas es otro aspecto que permite que personas ajenas a la institución pública tales como los jueces y los propios interesados sometan a control una determinada decisión. La necesidad de ofrecer un razonamiento explicativo de las decisiones adoptadas es especialmente acuciante en ámbitos especialmente discrecionales como el urbanismo, donde su ausencia podría demostrar que detrás de una decisión no hay una fundamentación jurídica razonable diferente a la voluntad de su autor⁸³⁸.

Para valorar si el trámite procedimental incumplido es esencial, el juez deberá tener en cuenta sobre qué tipo de procedimiento recae la ilegalidad administrativa y cuáles son los principios que rigen en el mismo. Así, en aquellos como la contratación, la provisión de puestos públicos o la adjudicación de subvenciones... el concepto de interés general se basa fundamentalmente en que los administrados compitan en condiciones de igualdad y que éste se desarrolle en concurrencia competitiva. Por ello, optar en la contratación pública por el procedimiento de adjudicación directa o por el negociado sin publicidad en un supuesto en el que debe acudir a formas de contratación que fomentan la concurrencia y la publicidad podría considerarse como causa de prevaricación⁸³⁹. Por su parte, en el ámbito urbanístico la débil vinculación de la Administración a los programas finales que le fija la ley y el amplio margen de discrecionalidad del que goza la institución pública se compensan con las exigencias de un procedimiento administrativo especialmente riguroso⁸⁴⁰, por lo que el incumplimiento de este tipo de normas, aunque sea no reiteradamente, podrá ser considerado suficientemente grave como para incurrir en responsabilidad penal por este delito.

A pesar de lo expuesto, en la jurisprudencia española hay un largo historial de absoluciones a sujetos públicos que para la adopción de resoluciones administrativas han prescindido totalmente de las más mínimas reglas procedimentales. Así, por ejemplo, la STS 1658/2003, de 4 de diciembre, que absuelve al alcalde que concede una licencia urbanística en contra de la normativa vigente, sin que fuera presentado proyecto de obra

⁸³⁷ Sin embargo, absuelve del delito de prevaricación a pesar de que se da esta circunstancia la STS 927/2003, de 23 de junio, (RJ 2003\6367).

⁸³⁸ Sobre la importancia de la motivación de decisiones en este ámbito Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Metodología...* cit. pág. 191.

⁸³⁹ JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 34.

⁸⁴⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons. Madrid 2016, pág. 21.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de ninguna clase y concediendo la licencia en el mismo día de la solicitud, omitiendo asimismo cualquier clase de informe. También la STS 1068/2004, de 29 de septiembre⁸⁴¹, que absuelve al alcalde y a los concejales que impiden a terceros interesados participar en expedientes de concesión de licencias, dejándoles como única vía la de recurrir judicialmente. Asimismo cabe mencionar la STS 917/ 2003, de 23 de junio, que absuelve al alcalde a pesar de que no previó en los presupuestos la asignación económica para retribuir la actividad desarrollada por los posibles contratados, y no publicó la oferta pública de dichos puestos de trabajo⁸⁴².

Estas sentencias, que recurren para absolver a los argumentos de la falta de gravedad de las conductas y de los principios de la intervención mínima, son un ejemplo de que a menudo los jueces penales conciben el procedimiento administrativo como un estorbo burocrático que los funcionarios y autoridades públicas pueden incumplir en aras de satisfacer con rapidez y eficiencia los intereses generales. Sin embargo, como se apuntó cuando se identificó el bien jurídico, el procedimiento más que un impedimento para la consecución de intereses generales constituye una garantía de los mismos, pues posibilita el acierto y la oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la institución pública tenga en cuenta todos los intereses en juego, “evitando que actúe de forma irreflexiva o arbitraria”⁸⁴³. De hecho, su importancia es tal, que la vulneración de cautelas fundamentales, como aquellas que salvaguardan la imparcialidad en el procedimiento, impedirán afirmar que nos encontramos ante decisiones que satisfacen el interés general

Como consecuencia de la crisis económica esta línea jurisprudencial ha ido poco a poco modificándose, permitiendo ampliar los supuestos de hecho que pueden ser sancionados a través de este precepto y que habían quedado artificialmente restringidos por interpretaciones jurisprudenciales. Buen ejemplo de ello es la STS 259/2015, de 30

⁸⁴¹ (RJ 2004\6059);

⁸⁴² En esta sentencia indica el Tribunal que “nada obsta que los hechos en sí sean reprochables social o moralmente, para que no tengan encaje jurídico-penal, tal y como han sido descritos en los hechos probados”. También en este sentido la STS 1056/2002 de 3 de junio (RJ 2002\6040), que absuelve al alcalde que acomete obras de urbanización antes de que el plan parcial fuera definitivamente aprobado por el organismo superior competente e impidiendo la labor de control del Pleno, o la STS 189/2008 de 25 de abril, que absuelve al alcalde que concede una licencia para el proyecto que él mismo había realizado como arquitecto privado sin que el incumplimiento del deber de abstención se considere grave.

⁸⁴³ GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico...*cit. pág. 342. En este sentido también se pronuncia la STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781), en la que se apunta que el procedimiento “tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones”.

de abril, en la que se condena por prevaricación a dos autoridades que, por supuestas razones de urgencia, fraccionan un contrato con la finalidad de evitar acudir al procedimiento negociado que garantiza en mejor medida los principios de publicidad y transparencia que el de adjudicación directa, procedimiento que también vulneran al solicitar a la misma empresa los tres presupuestos y no hacerlo a tres empresas diferentes. Señala en este caso el Tribunal “la contradicción con el derecho que se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.”. De este modo, aunque el fin que se persigue el sujeto es de interés general, el tribunal pone de manifiesto que este hecho no justifica el incumplimiento de normas procedimentales básicas. Así, señala la sentencia, aunque el objetivo era “laudable”, en este caso homenajear a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior, “no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales”.

El segundo de los motivos que puede dar lugar a la declaración de arbitrariedad de una resolución es que con la misma se persigan fines contrarios al ordenamiento jurídico, quebrantando principios generales del Derecho como los de igualdad, imparcialidad y objetividad. Esta situación se produce, por ejemplo, cuando la resolución se emite como consecuencia de un proceso de motivación erróneo, es decir, cuando tiene lugar una desviación de poder, pues, en ese caso, constituye una clara contradicción con el ordenamiento jurídico. Como señala FEIJOO, una resolución es arbitraria cuando se infringe la legalidad en una actividad reglada de la Administración (infracción de la norma), pero también cuando se trata de una actividad discrecional y se produce desviación de poder. Así, aunque no exista una infracción formal de la ley, la resolución es arbitraria e injusta por infringir los principios generales del Derecho⁸⁴⁴. La desviación de poder es una institución propia del Derecho administrativo que permite emitir la declaración de ilegalidad de un acto administrativo cuando quien adopta una decisión en el ejercicio de potestades discrecionales lo hace, en apariencia, respetando la legalidad, pero persiguiendo en el fondo fines, públicos o privados, distintos a los que la norma

⁸⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1681. En el mismo sentido, la STS 406/2004 de 31 de marzo (RJ 2004/2851) exponer que la arbitrariedad de la resolución se debe tanto a la carencia de elementos formales procedimentales legalmente exigibles para la producción del acto administrativo pero también porque su contenido sustancial sea contrario al ordenamiento jurídico.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

permite o para los que la potestad fue conferida⁸⁴⁵. Por ello, la desviación de poder es una causa de ilegalidad administrativa, pero también un indicio del delito de prevaricación⁸⁴⁶.

Ahora bien, al igual que sucedía con la anterior causa de arbitrariedad, no siempre que concorra una contradicción con el ordenamiento jurídico se deberá suscitar un reproche penal a través del delito de prevaricación. Solo las desviaciones de poder más transcendentales podrán dar lugar a un delito de prevaricación. En este sentido, pueden considerarse como muy graves aquellas desviaciones hacia la consecución de fines privados, pues éste no solo es un fin ajeno a la función pública, sino contrario a la misma. Así, a través del artículo 404 del Código penal se podrán castigar las conductas de sujetos que emiten una resolución que aparentemente es ajustada a Derecho, pero que tiene como finalidad favorecer a parientes, amigos, correligionarios políticos, etc.

En cualquier caso, el problema que surge en torno a la figura de la desviación de poder es sobre todo probatorio pues no siempre es fácil de demostrar que una decisión, que aparentemente cumple con la legalidad, se ha adoptado persiguiendo intereses privados. La única ventaja en este sentido es que a menudo no se presenta de forma aislada, sino que suele ir acompañada también de defectos procedimentales graves que ayudan a justificar la arbitrariedad de la resolución. Por ello, aunque se suela hacer la distinción entre el primer motivo y el segundo, lo cierto es que con frecuencia aparecen de forma conjunta. Es decir, resulta habitual que el incumplimiento de normas procedimentales básicas oculte en realidad la persecución de fines particulares⁸⁴⁷.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia reconocen que la desviación de poder es una causa de arbitrariedad de la resolución que puede, en caso de que sea grave, ser sancionada a través del delito de prevaricación, lo cierto es que hay autores que consideran que una resolución “aparentemente ajustada a Derecho”, pero interesada en cuanto al fondo no puede ser castigada a través del 404 del Código penal si

⁸⁴⁵ Como señalan ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J., desviación del poder, fraude de ley y abuso del derecho son “ilícitos atípicos”, situaciones excepcionales en las que en la aplicación del derecho al caso concreto deben primar los Principios Generales por encima de las reglas. Vid. *Ilícitos atípicos*. Trotta. Madrid, 2010.

⁸⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; SAP Castellón 360/2004, de 29 de diciembre, (ARP 2005\236).

⁸⁴⁷ Como por ejemplo la STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781), que expone “el acusado no se limitó a ignorar e incumplir las normas que guiaban una correcta forma de actuar, sino que, guiado por el deseo de favorecer intereses particulares, suprimió la posibilidad de que, a través de los informes jurídicos y técnicos, y del procedimiento en el que se examinarían las dificultades y las posibilidades de su solución, fuera controlada la legalidad de su actuación...”.

no ostenta el carácter de “injusta” o “arbitraria”. Así, por ejemplo, hay autores que distinguen entre una resolución arbitraria y la que se deriva de un delito de cohecho o de tráfico de influencias, que simplemente sería parcial o desviada⁸⁴⁸. Sin embargo, como se señaló cuando se identificó el bien jurídico, una resolución parcial es siempre arbitraria y por consiguiente prevaricadora⁸⁴⁹. Esto se debe a que en el ámbito de la Administración pública una decisión arbitraria es aquella que se emite incumpliendo las disposiciones legalmente previstas, pero también aquella contraria a los principios generales del Derecho como los de imparcialidad, objetividad o igualdad.

Llegados a este punto y una vez establecidas las causas de arbitrariedad que pueden dar lugar a la apreciación del delito de prevaricación, para saber si este tipo penal y el de negociaciones prohibidas tienen un ámbito en común que sea necesario deslindar es necesario responder a si la resolución que se emite en el delito de negociaciones incurre en alguna de las dos causas de arbitrariedad identificadas, pues en caso de que concurra esta circunstancia, no hay ningún argumento que justifique la apreciación de un concurso de delitos, sino que la relación entre ambos tipos será la de un concurso de leyes⁸⁵⁰.

A priori, la conducta propia del delito de negociaciones prohibidas podría considerarse como una desviación de poder porque el sujeto utiliza una potestad pública para perseguir intereses personales, desviándose de los intereses generales a hacia la satisfacción de intereses privados. Sin embargo, a mi juicio, la conducta propia del delito de negociaciones prohibidas no constituye un caso de desviación de poder, sino que se da

⁸⁴⁸ Así, CUGAT MAURI, M. “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 16-07(2014), pág. 9; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*...cit. pág. 484; MORALES PRATS, F. Y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Capítulo V. Del Cohecho”, en VV. AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona 2016. pág. 1729; ACALE SÁNCHEZ, M. “Lección 25...”cit., pág. 202; RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública...”cit. pág. 183; JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración...”cit. pág. 532; SAP Cantabria 169/2004 (JUR 2005\65611) que expone “las decisiones adoptadas pueden tildarse de parciales e interesadas y, en tal sentido, pueden considerarse discutibles, pero no contravienen la legalidad vigente”; SAP de Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999\2520); SAP Castellón 360/2004 de 29 de diciembre (ARP 2005\236).

⁸⁴⁹ Así, la STS 125/2016, de 22 de febrero, (RJ 2016\538). También la que proviene de un cohecho STS 670/2015 de 30 de octubre (RJ 2015\5191); MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*... cit. pág. 850; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1681; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación*...cit. págs. 321-323; CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades*...cit. pág. 360.

⁸⁵⁰ A menos que se juzgue al sujeto por la comisión de diferentes conductas resolutivas, una, por ejemplo, por adjudicar contratos a empresas en las que tiene un interés personal, lo que sería encuadrable en el delito de negociaciones prohibidas y otra, por dictar otro tipo de resolución arbitraria, como por ejemplo, aquella consistente en adjudicar un contrato a parientes o amigos, encuadrable en el tipo de prevaricación. Así, sucede en la SAP Cádiz 418/2015. de 29 octubre, (ARP 2016\338) en la que se aprecia delito de prevaricación cuando el alcalde adjudica contratos a su mujer y negociaciones prohibidas cuando es a una empresa propia.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

una infracción de una regla procedimental básica, como es la que obliga al sujeto interesado en un procedimiento a abstenerse de intervenir cuando concurre un interés personal en el asunto de que se trate⁸⁵¹. Emitir una resolución quebrantando dicho deber no es un mero defecto formal que pueda ser subsanado administrativamente, como se ha señalado reiteradamente a lo largo de esta investigación, pues esta cautela constituye una garantía que salvaguarda la efectiva imparcialidad en el procedimiento. En definitiva, la infracción del ordenamiento propia del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es una causa de arbitrariedad de la resolución que permite la aplicación del delito de prevaricación.

Si ambos injustos, prevaricación y negociaciones prohibidas, presentan similitudes hasta el punto de que una resolución parcial es también una resolución prevaricadora, es por el hecho de que los bienes jurídicos protegidos por ambos tipos penales también son similares. El objeto de protección del delito de prevaricación ha sido definido según la doctrina mayoritaria como el principio de legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios⁸⁵². Por su parte, el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos ha sido identificado en el presente trabajo como el principio de imparcialidad. Como se puso de manifiesto en su momento, entre estos conceptos existe un denominador común que los hace difícilmente discernibles⁸⁵³.

El principio de legalidad en el ámbito de la Administración pública abarca el respeto tanto a la ley escrita como a los Principios generales del Derecho, entre los que

⁸⁵¹ No han considerado la infracción del deber de abstención como un defecto procedimental grave las SSTs 189/2008, de 25 de abril, (RJ 2008\1855); 1497/2002, de 23 de septiembre, (RJ 2008\1855); 723/2009, de 1 de julio, (RJ 2009\4352).

⁸⁵² Aluden al principio de legalidad como bien jurídico STS 1658/2003 de 4 de dic (RJ 2004\1781); STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781); STS 755/2007, de 22 de septiembre, (RJ 2007\6285); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación...*cit. págs. 314-334; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991-2, pág. 389; MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43...”cit. pág. 918; HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª...”cit. pág. 124; FABIÁN CAPARRÓS, E. “Lección 24...”cit. pág. 150; MORALES PRATS, F. Y RODRÍGUEZ PUERA, M.J. “Capítulo I. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en VV. AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. 2011, pág. 1688. Incorporan al principio de legalidad los de imparcialidad-objetividad GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 359; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación...”cit. pág. 37; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J “Delitos contra la Administración pública”...cit. pág. 1688; RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública...” cit. pág. 149; STS 225/2015, de 22 de abril, (RJ 2015\1359); STS 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015\1720).

⁸⁵³ Dice DE LA MATA que son conceptos estrechamente vinculados. Vid. “Relación concursal entre los delitos de cohecho...”cit. pág. 335. En igual sentido GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa...”cit. pág. 359; ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal...”cit. pág. 40.

se incluyen el de objetividad e imparcialidad que hacen referencia concretamente al respeto a la ley, aplicándola sin preferencias ni subjetivismos personales y que operan cuando el sujeto ejerce potestades discrecionales. Una resolución interesada o parcial es contraria al principio de objetividad o imparcialidad y contraria al superior que los engloba, el de legalidad. Como señala DE LA MATA “tanto la objetividad como la imparcialidad, principios legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras a la satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad, de modo tal que toda lesión del principio de imparcialidad implica una lesión del principio de legalidad, si bien no ocurre así a la inversa”⁸⁵⁴. En este sentido, se puede decir que el principio de legalidad es más amplio que el de objetividad e imparcialidad y abarca tanto potestades estrictamente regladas de la Administración, que son aquellas cuyos elementos viene predeterminados legalmente, como potestades discrecionales de la misma, que permiten un cierto margen a la Administración para decidir entre diferentes opciones.

Dicho esto, una vez constatada la existencia de un ámbito en el que los tipos penales de negociaciones prohibidas y prevaricación confluyen y que no hay ninguna razón para apreciar un concurso de delitos sino de normas, la siguiente cuestión que se debe resolver es la de cuál de ellos debe ser aplicado con carácter preferente. La escasa doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema, a menudo, ha optado por el que las negociaciones prohibidas queden absorbidas en el delito de prevaricación. No obstante, dicha decisión, a mi juicio, no ha sido suficientemente motivada⁸⁵⁵. Así, la SAP de Barcelona de 23 de febrero de 2000 expone “esa esencial conducta reprochable, determinante de que se dictara una resolución arbitraria e injusta- en definitiva de que se produjera un resultado lesivo- ha sido la apreciada como integrante del precalificado delito de prevaricación y consideramos que no puede ser a su vez integrante de este otro delito pues ello iría en contra del principio «non bis in idem»”. Aunque resulte acertada la idea de que apreciar ambos tipos penales supondría incurrir en *non bis in idem*, pues, como ya se ha dicho, la relación entre ambos tipos penales es de concurso de leyes y no

⁸⁵⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho”...cit. pág. 346.

⁸⁵⁵ La SAP de Islas Baleares 8/2014, de 13 de enero (ARP 2014\228), señala que “este delito se da en concurso de normas a resolver conforme al artículo 8 del Código penal”, pero lo cierto es que no aclara en base a qué argumentación, ni qué regla de las previstas en dicho artículo resulta de aplicación. Por el contrario, la SAP Coruña 235/2007, de 4 junio, (ARP 2007\530) aprecia con carácter preferente el delito de negociaciones prohibidas al de prevaricación urbanística. Por su parte, aprecia ambos tipos penales en concurso real la SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 de julio, (ARP 2012\788), probablemente por el hecho de que el tribunal considera erróneamente que la conducta de negociaciones prohibidas se consuma con el simple hecho de que el funcionario adquiera participaciones de una empresa y aprecia la prevaricación por el hecho de emitir una resolución adjudicando la subvención.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de delitos, lo cierto es con ello todavía no hemos contestado a la cuestión de por qué es el delito de prevaricación el que comprende todo el desvalor causado por la conducta y el que debe ser aplicado con carácter prioritario. A juzgar por las palabras del tribunal, el argumento parece ser la existencia de un resultado lesivo en el delito de prevaricación. De este modo insinúa que el delito de negociaciones, que se corresponde con una estructura de peligro, debe quedar absorbido por el de prevaricación, que constituye una lesión. Sin embargo, como se señaló cuando se analizó el bien jurídico, ambas conductas producen una lesión al bien jurídico y además castigan la conducta consistente en resolver arbitrariamente, por lo que esa no es la característica que precisamente distingue ambos tipos penales.

También se ha mostrado a favor de que la prevaricación consume las negociaciones JAREÑO LEAL, para quien "tiene mayor gravedad el hecho de dictar una resolución administrativa por quien tiene autoridad para hacerlo, que realizar la conducta descrita en el artículo 439, que en general puede efectuarse por cualquier funcionario"⁸⁵⁶. Asimismo, prosigue la autora "la existencia de una trama que se urde entre varias personas tomando como base la capacidad decisoria del alcalde pone de relieve la prevalencia de la prevaricación"⁸⁵⁷. Según lo expuesto, parece ser la gravedad de la conducta consistente en resolver lo que justifica la preferencia por el delito previsto en el artículo 404 del Código penal. En cualquier caso, este razonamiento tampoco resulta del todo convincente en la medida que ambos tipos penales contemplan una sanción para la conducta consistente en resolver parcialmente en un asunto administrativo y en ambos casos se trata de un sujeto que debe intervenir por razón del cargo, por lo que no puede ser la actividad resolutoria lo que distingue a ambas conductas e inclina la balanza a favor del delito de prevaricación. Es decir, ninguno de los aspectos señalados por la autora conllevan ni siquiera una diferencia entre ambos tipos penales y menos aún constituyen una razón sólida para optar por la aplicación preferente de alguno de ellos, por lo que debemos descartar dicho razonamiento.

⁸⁵⁶ JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 104. En igual sentido NIETO MARTÍN, A. "Lección XXII..."cit. pág. 481. También considera la mayor gravedad del delito de prevaricación en comparación con las negociaciones la SAP Castellón 12/2001, de 20 de junio, (ARP 2001\659,) pero esta opinión tiene más sentido dado que el tipo penal todavía exigía que el sujeto activo tuviera el deber de informar.

⁸⁵⁷ JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 101.

En contra de lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, considero que la prevaricación debe quedar consumida en el delito de negociaciones prohibidas cuando se den sus requisitos típicos y resolver el problema concursal a través de la regla de especialidad en favor del 439 del Código penal⁸⁵⁸. Esto se debe a que el delito de negociaciones prohibidas vulnera un aspecto concreto del principio de legalidad que es el principio de imparcialidad, que lo dota de un contenido de lo injusto específico. Como se ha puesto de manifiesto, el principio de legalidad puede ser vulnerado tanto en el ejercicio de potestades regladas como en el ejercicio de potestades discrecionales, mientras que el de imparcialidad solo puede ser afectado en este último caso, por lo que constituye un aspecto más concreto. Esto es lo que hace que el delito de negociaciones, a diferencia del de prevaricación, siempre sea un tipo específico de corrupción pública. Este aspecto aporta al delito de negociaciones prohibidas un plus de gravedad dado que la corrupción es algo más que llevar a cabo una actividad en el ejercicio del cargo en un sentido no autorizado, supone una infracción moral diferente y más grave, dado que constituye una absoluta deslealtad hacia el cargo público⁸⁵⁹.

Además, como ya se expuso en el capítulo dedicado al análisis de fragmentariedad, el ataque contra el principio de imparcialidad que tipifica el delito de negociaciones prohibidas supone una actuación del funcionario en beneficio propio, lo que añade un plus de gravedad y peligrosidad con respecto a otros ataques corruptos. Emitir una resolución favorable a los propios intereses entraña un mayor desvalor que hacerlo persiguiendo otro tipo de intereses privados de familiares lejanos o amigos y en este sentido se han pronunciado algunos estudios empíricos al respecto⁸⁶⁰. De hecho, hay

⁸⁵⁸ Lo que caracteriza a la especialidad es el hecho de que lo que cae en uno de los preceptos, cae a su vez en el otro sin que valga lo contrario. Por todos, GARCÍA ALBERO, R. “*Non bis in Idem...*” cit. pág. 323.

⁸⁵⁹ Como señala UNDERKUFFLER la corrupción es una concreta noción moral especialmente reproachable diferente a otro tipo de delitos e incluso a otro tipo de abusos del cargo. UNDERKUFFLER, L. [*Captured by Evil: The Idea of Corruption in Law*](#). Yale University Press. Londres, 2013, pág. 8. En el mismo sentido GREEN, S. P. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...* cit. pág. 270; MALEM SEÑA, J.F. “El fenómeno de la corrupción”...cit. pág. 42. Así, se han pronunciado los ciudadanos en algunos estudios empíricos. Vid. GREEN, S.P. “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability...” cit.; LASCOUMES, P. “Condemning corruption...” cit.

⁸⁵⁹ Por eso, un estudio empírico francés ha puesto de manifiesto que la “toma ilegal de interés”, tipo penal homónimo al de negociaciones prohibidas es, según los ciudadanos, “corrupción negra” mientras que el “favoritismo”, que supone un castigo de favorecimiento a familiares y sujetos cercanos ha sido considerado como “corrupción gris”, que es aquella que merece un reproche moderado. Vid. LASCOUMES, P. “Condemning corruption...” cit. pág. 76.

⁸⁶⁰ Por eso, un estudio empírico francés ha puesto de manifiesto que la “toma ilegal de interés”, tipo penal homónimo al de negociaciones prohibidas es, según los ciudadanos, “corrupción negra” mientras que el “favoritismo”, que supone un castigo de favorecimiento a familiares y sujetos cercanos ha sido considerado como “corrupción gris”, que es aquella que merece un reproche moderado. Vid. LASCOUMES, P. “Condemning corruption...” cit. pág. 76.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

que recordar que, a diferencia de algunas de las causas de ilegalidad que pueden dar lugar a la aplicación del delito de prevaricación, la infracción del deber de abstención que subyace bajo el 439 no exige ni si quiera ulteriores comprobaciones sobre la ilegalidad de la conducta, pues la misma es suficientemente evidente. Es decir, no es necesario analizar si ha habido desviación de poder o si la relación de amistad o parentesco en el operó de algún modo en el caso concreto, pues no hay duda de que una conducta que interviene en un asunto favorablemente a sus propios intereses infringiendo un deber de abstención es siempre parcial. Esto explica por qué el delito de negociaciones prohibidas debe ser aplicado con preferencia respecto al de prevaricación y por qué existe una diferencia penológica entre ambas figuras delictivas, la cual convierte el 439 en un tipo más severo⁸⁶¹.

Asimismo, los argumentos acabados de exponer justifican que se amplíe la punibilidad en el delito de negociaciones prohibidas a las conductas de informar y votar. Así, a diferencia de las prevaricaciones específicas, cuyo motivo de ampliación de la conducta típica a conductas como informar y votar se basa en el carácter pluriofensivo del tipo, en la de negociaciones el argumento es el mayor desvalor y peligrosidad de la conducta prohibida⁸⁶².

Una vez resueltos los problemas concursales que suscita la conducta de resolver, el siguiente paso es hacer lo correspondiente con aquellas consistentes en votar, proponer e informar que se castigan de forma autónoma en el delito de negociaciones prohibidas y a través del de prevaricación, sólo en la medida que sirvan para dictar una resolución injusta. Por ejemplo, la emisión de un voto favorable a la propia causa del sujeto activo en un órgano colegiado, así como la emisión de un informe persiguiendo un interés serán castigados por el delito de negociaciones prohibidas y por el de prevaricación, en la medida que contribuyan a la adopción de una resolución y si hay dolo por parte de todos los miembros. Pues bien, la atribución de responsabilidad por una conducta consistente

⁸⁶¹ Ahora bien, aunque el injusto previsto en el 439 sea moderadamente superior que el previsto en el 404, aprovecho para sumarme a las críticas de aquellos autores que señalan la levedad de la pena prevista para el tipo de prevaricación en relación con la conducta tipificada y en comparación con otros preceptos de su entorno pues la misma ni siquiera contempla la imposición de una pena de prisión. JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 63; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción...” cit. pág. 44.

⁸⁶² Así, GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de...* cit. pág. 128; GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones...” cit. pág. 1262. Según este autor, uno se lesiona y otro se pone en peligro. En sentido contrario MARTÍN PARDO, A. “¿Es realmente el artículo 320 del Código penal un delito pluriofensivo?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2016, págs. 1-27.

en emitir un voto en un órgano colegiado o aparece, a priori, como más complicado que la de resolver individualmente. PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS indican que anular una determinada resolución administrativa que ha sido adoptada por un órgano colegiado es más difícil dado que exige demostrar que el sujeto que infringe su deber de abstención e interviene teniendo un interés personal fue determinante para la decisión concreta adoptada, lo que no siempre es sencillo. Por ello, estos autores son críticos con el criterio aritmético mayoritario en la jurisprudencia, porque consideran que no siempre responde a la formación real de la voluntad de los órganos colegiados, donde hay sujetos que tienen más peso que otros, se dan presiones, influencias y donde el alcalde e incluso algunos concejales ejercen un papel fundamental que permite inclinar la balanza de la votación en un sentido u otro⁸⁶³. Por tanto, en el ámbito administrativo, según estos autores, para poder anular o declarar la invalidez de una decisión administrativa que ha sido emitida por un órgano colegiado en el que uno de sus miembros ha infringido su deber de abstención no hay que acudir a la regla de la mayoría simple, atendiendo si dicho voto fue numéricamente decisivo para que saliera una determinada decisión, sino atender a como se ha configurado la voluntad del órgano en el caso concreto independientemente del criterio aritmético.

En cualquier caso, lo que tratan de resolver estos dos autores tiene sentido de cara a anular una decisión administrativa para tratar de evitar que siga produciendo efectos en el sistema o también tendría sentido de cara a exigir responsabilidad a los miembros votantes del órgano colegiado de cara a ser sancionados a través del delito de prevaricación, dado que éste castiga únicamente aquella intervención en el procedimiento administrativo consistente en emitir una resolución⁸⁶⁴. Sin embargo, toda esta discusión carece de importancia desde la perspectiva del delito de negociaciones prohibidas, en el que cualquier intervención interesada que infringe el deber de abstención lesiona el bien jurídico, siendo indiferente que la resolución final sea distinta a la del voto emitido o que el resultado de la votación hubiera sido el mismo sin la intervención del sujeto interesado⁸⁶⁵.

⁸⁶³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad...* cit. pág. 187.

⁸⁶⁴ Sin perjuicio de que puedan ser castigados como partícipes o coautores o partícipes del delito de prevaricación otros sujetos que realicen otras tareas y contribuyan a la emisión de una resolución parcial.

⁸⁶⁵ Como expone la SAP Almería 8 de junio de 1999 (ARP 1999/2131) “lo que se trata de punir es la reprochable intervención en un actuar público de quien tiene un manifiesto interés en el objeto de la actuación administrativa y, por ello, tampoco obsta el hecho de que el resultado de la votación del Pleno hubiera sido el mismo aunque el acusado se hubiera abstenido de participar en él”. En el mismo sentido

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Lo acabado de señalar apunta a que la relación entre ambos delitos es muy similar a la que mantienen prevaricación administrativa (art. 404) y prevaricaciones específicas (arts. 320, 322 y 329), que también amplían la conducta típica a aquellas consistentes en informar y votar. La mayor parte de la doctrina considera que en las prevaricaciones específicas, el legislador, con el castigo a las conductas de informar y votar, eleva a la categoría de delito lo que son meros actos preparatorios. Es decir, imputa responsabilidad como autor a aquellos sujetos que tienen el carácter de cómplice o cooperador necesario en el delito de prevaricación⁸⁶⁶. Como señala GORRIZ “«informar» y «votar» son, respectivamente, meros *tipos de preparación o delitos de emprendimiento*, esto es, acciones que en rigor son actos preparatorios o de tentativa, pero configuradas como tipos autónomos. Estas figuras también se denominan de consumación anticipada porque suponen un adelantamiento de la línea de punibilidad”⁸⁶⁷. Para GONZÁLEZ CUSSAC, la opción político-criminal de incorporar al Código penal prevaricaciones específicas carece de ventajas, pues el problema podría ser solucionado de *lege lata*, aplicando las reglas de la participación en el delito de prevaricación genérica, sin tener que sancionar de forma independiente la emisión de un voto o un informe específicamente⁸⁶⁸. Sin embargo, para poder aplicar las reglas de la participación se exige que autor y partícipe actúen en connivencia, lo que exigiría probar que los sujetos, individualmente, o como miembros del órgano colegiado, conocían todos los elementos típicos del 404, especialmente la arbitrariedad de la resolución, lo que, como se acaba de exponer, no siempre se da o no es fácil de probar.

Por consiguiente, las ventajas de tipificar autónomamente las conductas de votar e informar son, en primer lugar, castigarlas, aunque posteriormente no se produzca una resolución pues, al fin y al cabo, como se señaló cuando se identificó el bien jurídico, constituyen supuestos de lesión del mismo y en segundo lugar, sobre todo probatorias⁸⁶⁹. En el caso de una resolución que se aprueba por la votación de los miembros del órgano colegiado se evita tener que probar la existencia del dolo de cada uno de ellos, pues para

LUZÓN PEÑA, aunque, a diferencia de lo aquí mantenido, éste autor considera que si no se exige una resolución en un determinado sentido es porque se trata de un delito de consumación anticipada. Vid. “Actuación en interés propio...”cit. pág. 420.

⁸⁶⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L El delito de prevaricación...cit. pág. 50; VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación...”cit. pág. 131.

⁸⁶⁷ GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de...* cit. pág. 47.

⁸⁶⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L *El delito de prevaricación...*cit. pág. 152.

⁸⁶⁹ GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de...* cit. pág. 130.

castigar a través del delito de negociaciones prohibidas sería suficiente con que el dolo se diera en el sujeto que interviene persiguiendo un interés personal.

De no existir el delito de negociaciones prohibidas quedaría impune la conducta del concejal que emite un voto a favorable a su propia causa sobre la adjudicación de un contrato cuando el dato de que es dueño de una de las empresas que participan en el concurso sea desconocido para el resto de participantes del órgano colegiado, es decir, cuando no exista o no se pueda demostrar el dolo por parte del resto de miembros del órgano colegiado, pues, difícilmente se podrá considerar que la resolución dictada es arbitraria cuando ha sido adoptada por una mayoría que actúa de buena fe, desconociendo todos los miembros la circunstancia de que uno de ellos tiene un interés personal y que está incumpliendo el deber de abstención⁸⁷⁰. Pero el hecho de que los demás no tengan dolo no significa que no puedan verse influidos por el sujeto que tiene un interés personal, que seguro tratará de convencer al resto de miembros para que voten como él. Asimismo, quedaría impune la conducta del sujeto que vota favorablemente la adjudicación a su propia empresa de un contrato o emite un informe técnico favorable a su propia causa, pero cuya opción finalmente no salga adelante pues, en este caso, ni siquiera se ha dictado una resolución arbitraria, por lo que no puede intervenir el delito de prevaricación⁸⁷¹.

4.5 Concurso con el delito de tráfico de influencias del artículos 428 del Código penal

Como ya se señaló en el capítulo anterior, la alusión que hace el artículo 439 al verbo “forzarse” no debe ser interpretada en el sentido de que incorpora una modalidad comisiva que implique coaccionar u obligar a otro sujeto, funcionario o particular en un sentido similar al de otras conductas como las de cohecho o tráfico de influencias. La conducta por parte del funcionario consistente en obligar a un particular con la amenaza de no adjudicar un contrato si no se desprende de acciones o participaciones de la empresa en su favor debe ser calificada como un delito de cohecho. Asimismo, la conducta del sujeto activo consistente en ejercer una influencia típica sobre otro miembros del órgano colegiado para que vote a favor de la opción que a él le interesa, deberá ser calificada como tráfico de influencias. Descartar estas modalidades comisivas en el delito de

⁸⁷⁰ Aunque, como se puso de manifiesto a lo largo del capítulo relativo al principio de fragmentariedad, la regla de la mayoría no siempre refleja la realidad de la adopción de los órganos colegiados. La cosa podría cambiar si, por ejemplo, es el alcalde el que vota en el pleno del ayuntamiento la decisión más favorable a su propia causa. En este caso si podríamos afirmar que la arbitrariedad de la decisión adoptada aunque incluso aritméticamente el voto del alcalde no haya sido determinante.

⁸⁷¹ A lo sumo, aunque difícilmente, se podría plantear un delito de prevaricación en grado de tentativa.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

negociaciones prohibidas, como se expuso en el capítulo anterior, se debe a que los verbos típicos facilitarse y forzar no constituyen la conducta típica, sino que regulan la facilidad o dificultad que al sujeto le cuesta la obtención de la participación. Además, como se apuntó, si ésta hubiera sido la intención del legislador, la referencia a la figura de un tercero debería haber sido más clara, tal y como sucede en otros tipos penales⁸⁷².

Ahora bien, aunque el delito de negociaciones prohibidas sea principalmente de carácter unilateral, basado en la infracción del deber de abstención, hay algunas conductas similares al tráfico de influencias que pueden quedar subsumidas en dicho tipo penal, por lo que se exige una adecuada separación entre ambas. Por ejemplo, la conducta del sujeto que además de infringir su deber de abstención en el seno de un órgano colegiado expone una y otra vez las bondades del proyecto en el que él tiene interés, pero los demás no lo saben es una conducta bilateral pero que puede ser integrada en el delito de negociaciones prohibidas. También se produce una conducta mínimamente bilateral cuando el sujeto activo, además de intervenir en un asunto infringiendo el deber de abstención, recomienda o insinúa su preferencia por una determinada opción al resto de miembros del órgano colegiado sin ejercer la energía criminal propia del delito de cohecho o de tráfico de influencias.

Por su parte, el delito de tráfico de influencias requiere bastante más que exponer las bondades de un determinado proyecto en un órgano colegiado o llevar a cabo una recomendación a un compañero. El tráfico de influencias no castiga la mera recomendación sino que como dice MUÑOZ LORENTE “no se trata de otra cosa que de un influjo psíquico, una especie de predominio, fuerza o «chantaje moral» sobre el funcionario con el aprovechamiento de la relación que se tiene con él; predominio o «chantaje moral» que sólo se puede llevar a cabo por quien tenga cierta ascendencia sobre el funcionario objeto de la influencia basada en alguna de las relaciones especificadas”⁸⁷³. Así, según la mayor parte de la doctrina, la influencia típica de los delitos de tráfico de influencia debe ser lo suficientemente contundente como para incidir en el proceso

⁸⁷² Así, el propio tipo delictivo de tráfico de influencias en su artículo 428 se refiere al “funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad...” o el 429 que castiga al “particular que influyere en un funcionario...”.

⁸⁷³ MUÑOZ LORENTE, J. “Los delitos de tráfico de influencias. Situación actual y propuesta de reforma en la lucha contra la corrupción”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 4, marzo – agosto 2013, págs. 73-101

motivador hasta el punto de llevar al sujeto influido a adoptar una decisión⁸⁷⁴. De hecho, la presión moral propia de la influencia debe ser similar a la inducción pero añadiendo que, si precisamente tiene la capacidad de convencer al sujeto es porque viene acompañada de una situación de prevalimiento por razones jerárquicas, parentesco, amistad, amor..., que dan lugar a que la resolución sea fruto de esa presión y no de una decisión que se adopta voluntariamente⁸⁷⁵.

Por tanto, el discurso que un sujeto dé en el seno de un órgano colegiado como tal no puede ser calificado de tráfico de influencias. Tampoco una simple sugerencia o insinuación al resto de miembros del órgano colegiado que deben votar una determinada decisión pues ésta no es idónea para llevar cabo esa presión en el sujeto que le haga adoptar una decisión y menos aún si esa insinuación no va acompañada de la fuerza derivada de la relación existente entre ambos, lo que no sucede cuando un concejal normal y corriente interviene a favor de su empresa sin que los demás lo sepan, justificando que es la que mejor condiciones ofrece. No obstante, a pesar de que los límites de ambas conductas parezcan estar claros, lo cierto es que en la práctica hay supuestos que podrían encontrarse a caballo entre una insinuación encuadrable en el delito de negociaciones prohibidas y una influencia propia del delito de tráfico de influencia. Esto se debe a que, como ya se ha puesto de manifiesto, hay sujetos que por la posición jerárquica que ostentan ejercen una influencia que puede llegar a ser típica del delito de tráfico de influencias aunque la energía criminal empleada no sea elevada. No hay duda de que la mera influencia o recomendación entre concejales del mismo rango no es tráfico de influencias pero, por ejemplo, si podría serlo si el alcalde habla con cada concejal, prevaleciendo de su posición. Es decir, cuando un concejal normal y corriente interviene en el Pleno para justificar su voto o para tratar de que los demás voten igual aquí no hay tráfico de influencias. Pero, ¿si lo hace el Alcalde? Aquí, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, incluso una recomendación, aun proviniendo el Alcalde, podría no ser considerado como tráfico de influencias, pues aunque en general se puede entender que la misma carece de capacidad de incidencia en el procedimiento de adopción de una decisión, siempre dependerá de las circunstancias

⁸⁷⁴ Como señala MUÑOZ CONDE, por inmoral que resulte, la mera recomendación no afecta o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte. Vid. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 883. Sobre la contundencia de la influencia típicamente relevante también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "El delito de tráfico de influencias", en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Instituto Vasco de Administración pública. Bilbao.1997, pág. 172.

⁸⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 883.

del caso, pues hay que tener en cuenta que el Alcalde, precisamente por serlo, necesitará menos energía criminal para convencer a un sujeto que cualquier otro funcionario.

Dicho esto, la conducta de negociaciones prohibidas tendrá como límite máximo la de tráfico de influencias, pues la capacidad de ésta para incidir en el proceso de motivación de una decisión de otro sujeto es lo que justifica la gravedad de la conducta con respecto a aquella prevista en el artículo 439 del Código penal. Por ello, cuando con su conducta no llegue al nivel de ejercer una influencia que reúna estas características, se podrá integrar como parte del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos si se dan sus requisitos típicos, es decir, si el sujeto interviene en un asunto de modo que favorezca a su propia causa infringiendo el deber de abstención. En cualquier caso, no cabe descartar la posibilidad de apreciar ambas figuras en relación de concurso real, lo que tendrá lugar en caso de que la influencia ejercida por el sujeto llegue a ser de tal entidad que pueda ser calificada como un delito de tráfico de influencias ambos tipos penales, negociaciones y tráfico de influencia, podrán darse en relación de concurso real, lo que tendrá lugar si el sujeto, además de emitir un voto favorable a su propia causa, ejerce una influencia típica sobre otro miembro del órgano colegiado en los términos acabados de exponer. En el caso de que, como ya se ha dicho, la influencia no tenga la suficiente entidad como para ser castigada a través del artículo 428 del Código penal, dicha conducta quedará consumida del delito de negociaciones prohibidas.

4.6 Concurso con los delitos de cohecho pasivo previsto en los artículos 419 y 420 del Código penal

La relación concursal del delito de negociaciones prohibidas con el cohecho es similar a la que mantiene éste con el tráfico de influencias, por lo que los argumentos que permiten distinguir ambas conductas ya han sido prácticamente expuestos en el epígrafe anterior. Sin embargo, hay ciertos aspectos que los hacen fácilmente confundibles tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Ambos tipos penales regulan conductas que se llevan a cabo en el ejercicio del cargo y en las que existe una conexión directa entre la conducta típica y el interés que el sujeto pretende obtener. En el delito cohecho, regulado en los artículos 419 y 420, existe una conexión causal entre la dádiva, favor o promesa y el acto a realizar u omitir por parte del funcionario⁸⁷⁶. Por su parte, en el delito de negociaciones también hay una conexión entre el ámbito en el que se debe intervenir por

⁸⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 875.

razón de cargo y el interés que éste persigue. Asimismo, tras su intervención oficial en el asunto llevando a cabo una función propia del cargo, los sujetos activos obtienen un interés.

No obstante, una vez negado que la figura de negociaciones abarque conductas en las que el sujeto activo presiona o impone a otro, funcionario o particular, su participación en un negocio, los puntos de conexión entre ambas conductas se restringen considerablemente. Como señala la SAP Baleares 68/ 2012, de 16 de julio, la diferencia entre el cohecho y el delito de negociaciones prohibidas radica en que en este último el sujeto activo ya participa en la propia empresa a la que trata favorecer “distinguiéndose así del delito de cohecho, en el que el funcionario pide u obtiene un beneficio encontrándose fuera del negocio, sin estar implicado en él”⁸⁷⁷. Por consiguiente, como se apuntó en el capítulo anterior, la conducta por parte del funcionario de exigir a un particular que le permita participar en un negocio, vendiéndole u otorgándole acciones de una empresa a cambio de beneficios administrativos, haciendo depender la adjudicación del contrato o subvención de que se produzca esa venta o cesión de acciones, no puede ser calificada como negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos sino como cohecho. Por ello, no debió ser calificada como negociaciones prohibidas, sino como cohecho pasivo la conducta de dos funcionarios veterinarios encargados del control de la analítica exigida legalmente a las empresas cárnicas, que presionaban a las empresas que inspeccionaban para que hicieran los análisis en su laboratorio⁸⁷⁸.

Ahora bien, no se puede descartar en la práctica, tal y como sucedía con el tráfico de influencias, que se den situaciones en las que puedan concurrir ambos tipos penales en relación de concurso real. Por ejemplo un funcionario puede presionar u obligar a un particular para que le ceda o le venda participaciones de su empresa y que, una vez forma parte de dicha empresa, con posterioridad, se dedique a adjudicarle subvenciones o contratos infringiendo el deber de abstención con carácter preferente al resto de los administrados. Por otro lado, si el funcionario condiciona la adjudicación del contrato a que el particular le permita participar de algún modo en su empresa y, como consecuencia de dicho acuerdo, éste adjudica el contrato a dicha empresa nos encontraremos con un concurso medial entre ambas figuras delictivas como el que se suele producir entre cohecho y prevaricación cuando se dicta una resolución injusta, es decir, el delito de

⁸⁷⁷ En el mismo sentido JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas...*cit. pág. 40.

⁸⁷⁸ STS 73/2001, de 19 de enero, (RJ 2001\399).

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

cohecho es un medio para la consecución de un fin delictivo constitutivo de negociaciones prohibidas. Si, por el contrario, el funcionario público, una vez participa en la empresa o negocio y sin relación medio-fin con lo pactado, se dedica a proporcionar beneficios administrativos a la empresa en la que se encuentra participando, la relación entre ambos tipos penales es en concurso real.

Señalados los problemas concursales que suscita el tipo de negociaciones prohibidas se puede decir que se confirma la hipótesis de partida, el delito de negociaciones prohibidas tiene un ámbito de aplicabilidad propio que no puede ser ocupado por otros delitos contra la Administración pública que protegen el mismo bien jurídico, lo que significa que su previsión como tipo delictivo independiente dentro de los delitos contra la Administración pública es esencial para evitar la existencia en este sector de lagunas de punibilidad.

CONCLUSIONES



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CONCLUSIONES

PRIMERA

El bien jurídico ha sido cuestionado por un sector de la doctrina como instrumento de crítica frente al legislador penal. No obstante, a mi juicio, más que a una inutilidad *per se* de este elemento, su supuesta crisis obedece principalmente a concepciones erróneas del mismo que de una forma u otra lo configuran como un instrumento inútil, formal, dependiente de la voluntad del legislador o como vigencia fáctica de la norma. Para que el bien jurídico lleve a cabo una labor de límite al *ius puniendi* debe servir como concepto de referencia del de lesividad o dañosidad social. Para ello, independientemente de cómo sea definido, debe ser configurado como un objeto de la realidad social, dotado de concreción y con capacidad para ser alcanzado por acciones individuales. Asimismo, de acuerdo con el concepto de bien jurídico expuesto, para que podamos afirmar que nos encontramos ante un objeto de protección legítimo su lesión requiere ser constatada en el sistema social. Esto significa que ésta debe producir efectos verificables empíricamente, sean o no perceptibles por los sentidos. Gracias a estas características, el bien jurídico constituye un instrumento dogmático y políticocriminal fundamental que permite construir en su torno tipos penales respetuosos con los principios penales.

En cualquier caso, aunque a lo largo del trabajo se ha defendido la función políticocriminal del bien jurídico, hay que señalar que una prohibición penal se justifica necesariamente pero no de forma exclusiva por la existencia de un interés digno de protección. Para resolver la cuestión sobre la legitimidad o ilegitimidad de una incriminación penal se requiere llevar a cabo una serie de juicios posteriores a la identificación de un bien jurídico legítimo, como por ejemplo el relativo al análisis de los principios de la intervención mínima. Por ello, en la medida que requiere ser complementado por otros principios, no puede ser elevado a la categoría de “oráculo” al que preguntar cuándo nos encontramos ante una criminalización justificada. Para responder a esta pregunta debemos acudir a otros juicios de carácter axiológico y de carácter utilitarista, que pueden aportar incluso información más valiosa en este sentido.

Teniendo en cuenta las funciones dogmáticas y políticocriminales que se le han reconocido al bien jurídico en el presente trabajo, su correcta identificación y configuración ha constituido el primer paso lógico de la misma. De este modo, la existencia de un aspecto de la realidad social con suficiente relevancia como para ser elevado a la categoría de bien jurídico legítimo ha servido a un doble objetivo. Por un lado, ha contribuido a disipar las dudas sobre si detrás de la prohibición penal hay un

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

objeto que merezca ser tutelado por el derecho lo que, a priori, suscitaba numerosas dudas a la doctrina y a la jurisprudencia (primera parte de la investigación). Pero además, este objeto de tutela identificado ha servido de guía para la interpretación del tipo penal y para resolver los problemas concursales de los que adolece el artículo 439 del Código penal, lo que se corresponde con la segunda parte del trabajo.

SEGUNDA

Tras exponer las características que convierten a un tipo penal en legítimo, he llegado a la conclusión de que hay objetos de tutela que tradicionalmente ha identificado la doctrina como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública que deben ser rechazados como tal. Uno de ellos es “la confianza en el buen funcionamiento de la Administración pública”. A pesar de que se trata de un aspecto importante para el funcionamiento de la Administración pública y de que ha sido erigido como bien jurídico por un sector cualificado de la doctrina, este ente no puede ser elevado a la categoría de objeto protegido porque no alude a un aspecto de la realidad social, sino a una sensación colectiva que no tiene porqué corresponderse con el estado real de la institución. Así, definido como un ente ajeno a la realidad social su lesión también es imposible de verificar empíricamente. Esto se debe a que, aunque podemos intuir qué tipo conductas producen confianza o desconfianza, se desconoce con exactitud cuáles son los sucesos que pueden producir un nivel de desconfianza tal en la ciudadanía que exija la intervención del tipo penal. Asimismo, otro argumento para no erigir la confianza en el buen funcionamiento de la Administración a la categoría de bien jurídico podría ser incluso contraproducente, dado que impediría castigar conductas que atentaran contra una Administración pública cuyos niveles de confianza fueran muy bajos. Bastaría con encontrar una institución o un Estado profundamente corrupto y con ausencia de prestigio absoluto para afirmar que las conductas que lo atacan no tienen capacidad para lesionar el bien jurídico. Empleando este argumento en sentido contrario, podrían considerarse inocuas conductas que permanecieran ajenas a la opinión pública, pues realmente es la publicidad lo que produce el descrédito y la desconfianza hacia la institución.

TERCERA

Los deberes del cargo han sido rechazados mayoritariamente por la doctrina reciente como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública. No obstante, algunos de los argumentos empleados para ello no son adecuados o, al menos,

CONCLUSIONES

han contribuido a menospreciar la importancia de los mismos en la correcta identificación del objeto de tutela. En este sentido, el deber del cargo infringido no puede ser el bien jurídico de ningún tipo penal porque no constituye un criterio material capaz de soportar la prohibición penal pero su razón de ser sí puede serlo. Por ello, se ha dicho que la infracción del deber del cargo puede constituir, en determinadas circunstancias, la lesión del bien jurídico. Esto se debe a que en un Estado social y democrático de Derecho el deber del cargo no se define en términos de fidelidad y respeto a la institución pública, como apuntó la doctrina durante mucho tiempo, sino como garantías de la labor que lleva a cabo la Administración pública de cara a los ciudadanos. De hecho, se puede decir que infracción penal y administrativa se encaminan a la protección del mismo bien jurídico pues, a diferencia de lo que han apuntado algunos autores, el Derecho administrativo también se orienta hacia la protección de objetos de tutela legítimos y no de entidades meramente morales o carentes de concreción. De este modo, se puede afirmar que dos sectores del ordenamiento pueden tutelar legítimamente un mismo bien jurídico si se reparten adecuadamente su protección. Por ello, afirmar que el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos supone elevar a categoría penal lo que es una mera infracción administrativa constituye un argumento discutible para proponer su eliminación del Código penal. La sanción de una conducta en otra rama del Derecho no deslegitima ni convierte en innecesaria una prohibición penal, al contrario, puede incluso contribuir a refrendar la relevancia del ataque o a poner de manifiesto la gravedad de los efectos negativos que irroga en el sistema social.

CUARTA

La función pública como actividad que ejerce la Administración de cara al ciudadano no constituye el bien jurídico protegido de ninguna de las figuras previstas en el Código penal. Éste es un concepto demasiado abstracto y omnicomprendivo que no puede ser alcanzado por acciones individuales. Conscientes de la amplitud de la realidad elevada a categoría de bien jurídico, los sujetos que la erigen como objeto de tutela se ven abocados a acudir a la teoría de la acumulación de Kuhlen o a la de los bienes jurídicos intermedios de Schünemann para transformar hábilmente lo que sería una estructura de peligro abstracto en una estructura de lesión. Sin embargo, al margen de los argumentos que se han expuesto a lo largo del capítulo uno para negar legitimidad a ambas teorías, la razón principal para rechazarlas es que no resultan necesarias si se concibe el bien jurídico como un objeto concreto de la realidad social que puede ser afectado por

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

comportamientos individuales. Es decir, si se identifica como bien jurídico protegido un aspecto de la realidad social dotado de las características previamente identificadas

La “función pública” o la “Administración pública” genéricamente concebida no es el objeto de tutela ni genérico ni específico de ninguna de las figuras delictivas previstas en el Título XIX, sino el marco en el que tienen lugar los delitos que en él se tipifican, es decir, donde el bien jurídico se encuentra y ejerce su funcionalidad práctica. Por tanto, la función pública constituye un punto de partida desde el que comenzar a identificar el objeto de protección, y ese punto de partida se corresponde con el modelo de Administración que propugna nuestra Constitución en su artículo 103.1. Y es precisamente el ofrecer un lugar desde el que emprender la búsqueda del bien jurídico protegido la verdadera aportación de esta teoría. Así, si el objetivo de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho es el ejercicio de la función pública destinado a satisfacer el interés general, los bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública serán aquellos principios o aspectos concretos que sirvan para garantizar dicha función.

La misma crítica de inconcreción achacada a los conceptos de Administración o función pública es extensible a “los intereses generales” como objeto de tutela. Los intereses generales son el fin al que sirve la Administración según el artículo 103.1 de la Constitución española. No obstante, incluso la doctrina administrativa considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser concretado legalmente, por lo que no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico protegido por ningún tipo penal. En cualquier caso, hay que tener en cuenta dos aspectos respecto a dicho concepto que van a resultar útiles de cara a la concreción del verdadero bien jurídico. En primer lugar, lo que debe entenderse por interés general debe estar recogido legalmente y, en segundo lugar, su satisfacción es incompatible absolutamente con la persecución de subjetivismos e intereses personales, pues los intereses generales deben satisfacerse en condiciones de igualdad. Por consiguiente, a su amparo no cabe camuflar preferencias personales, tratos de favor o disfavor carente de toda justificación objetiva.

QUINTA

Como ya se ha señalado, empleando términos propios de la biología, los delitos contra la Administración pública no tratan de proteger a la institución pública como especie, sino a los componentes de ésta. Por eso, la mayoría de la doctrina considera que

CONCLUSIONES

los bienes jurídicos de cada uno de los delitos contra la Administración pública lo constituyen aspectos funcionales concretos o principios constitucionales como el de imparcialidad u objetividad encaminados a garantizar la función de satisfacción de los intereses generales que la Administración pública tiene encomendada constitucionalmente. La violación de dichos principios o aspectos concretos constituyen un atentado directo contra la Administración y los fines legítimos que persigue. Algunos de ellos, como el principio de imparcialidad, el de objetividad, el de igualdad, etc. tienen arraigo en nuestro texto fundamental. Sin embargo, hay quien ha señalado que no es legítimo erigir automáticamente este tipo de principios constitucionales a la categoría de bien jurídico si no se acompañan de las explicaciones sociológicas pertinentes sobre los aspectos de la realidad social sobre los que inciden y los efectos dañosos que produce su menoscabo en el sistema. Sin embargo, como se ha señalado a lo largo del Capítulo uno, las perspectivas sociológica y constitucional no son incompatibles, sino complementarias. Lo más normal es que si el ataque a un aspecto de la realidad social produce efectos negativos graves en el sistema, el constituyente se haya percatado y haya incorporado dicho aspecto al texto constitucional. Así, si el constituyente ha elevado a la categoría de principio constitucional en su artículo 103. 1 el concepto de imparcialidad, probablemente sea porque su vulneración produce efectos indeseados para la función que lleva a cabo la institución de cara a los ciudadanos.

Una buena muestra de la importancia que tienen los Principios generales del Derecho como el de objetividad, imparcialidad, igualdad, etc. en el ámbito de la Administración pública es la relevancia que le otorga el constituyente a los mismos. A diferencia de la Administración de justicia, que debe someterse únicamente al imperio de la ley, la Constitución española en su artículo 103.1 establece que la Administración pública se someterá a la ley y al Derecho. Esto se debe precisamente a las diferentes funciones asignadas constitucionalmente a cada institución. Si la Administración pública debe someterse además de a la ley a los Principios generales del Derecho es por el hecho de que en el ámbito de la función pública rige el indeterminado concepto de interés general y los sujetos públicos gozan de un amplio margen de discrecionalidad para satisfacer dichos intereses. Esto exige que el poder público se someta no únicamente al control que pueda aportar la ley, sino también al que aportan los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad, etc.

SEXTA

El principio constitucional funcional a la Administración identificado por la mayor parte de la doctrina como bien jurídico protegido por el delito de negociaciones prohibidas es el principio de imparcialidad. Esto se debe a que, a pesar de la confusa redacción del artículo 439 del Código penal, queda claro que el legislador se encamina a sancionar la conducta de un sujeto que interviene oficialmente en un asunto con la intención de procurarse un interés en el mismo. Así, los supuestos más sancionados por este tipo penal es el de un funcionario que adjudica un contrato o una subvención a su propia empresa. Por ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que el sujeto activo de este tipo penal infringe un deber de abstención, que es el que subyace a este precepto, el cual, tal y como afirman los administrativistas, constituye una cautela orientada a garantizar la eficacia de la imparcialidad en el procedimiento administrativo.

A pesar de que ha sido erigido en numerosas ocasiones como bien jurídico protegido por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, hay autores que confunden sus postulados con los de otros principios similares como el de neutralidad u objetividad. Así, la neutralidad, a diferencia de la objetividad y de la imparcialidad, no es un principio que se prevea directamente en la Constitución, sino que su contenido ha sido perfilado por la doctrina y por la jurisprudencia y se entiende como una cualidad de la Administración que prohíbe el carácter político de la misma. Por su parte, la imparcialidad guarda una estrecha relación con el principio de objetividad, con el que a menudo ha sido confundido, pues ambos despliegan su eficacia en la misma esfera, vinculando la organización administrativa al principio de legalidad. Sin embargo, aunque ambas nociones son equivalentes, cada una opera en un plano diferente. La objetividad, desde una perspectiva *ad intra*, relaciona a la Administración con el Parlamento cuyos mandatos adoptan la forma de leyes. Por tanto, despliega sus funciones en el ámbito de la relación de la Administración con la ley. Por el contrario, la imparcialidad desarrolla su funcionalidad práctica *ad extra*, relacionando la Administración con los administrados. Así, la doctrina afirma que el principio de imparcialidad es una manifestación del de objetividad pero que hace referencia a la conducta personal del funcionario. Por ello se suele afirmar que la Administración tiene que actuar con objetividad y el funcionario debe ser imparcial. Por su vinculación con la conducta personal del sujeto, ha sido el principio de imparcialidad, y no el de objetividad,

CONCLUSIONES

el bien jurídico mayormente aludido por la doctrina penal para los delitos contra la Administración pública y, en concreto, para el delito de negociaciones prohibidas.

El principio de imparcialidad, como manifestación del de objetividad, se traduce en la idea de que los funcionarios públicos lleven a cabo su función conforme a criterios de interés general sin interferencias de intereses privados. Por tanto, funciona como una garantía para los ciudadanos de que sus asuntos van a ser tratados por la Administración de forma no arbitraria, sino en condiciones de igualdad.

El principio de imparcialidad constituye un principio que garantiza la función pública de satisfacción de los intereses generales por parte de la Administración pública, que si bien es cierto que es un concepto indeterminado, está claro es que los mismos se contraponen frontalmente con la presencia de intereses privados o tratos de favor o disfavor a los administrados. Por consiguiente, no se podrá decir que una decisión administrativa es conforme al interés general si no se ha garantizado un determinado nivel de imparcialidad en el procedimiento de adopción de la misma.

Tal es la importancia de la imparcialidad como aspecto procedimental que este principio no sólo opera en el procedimiento administrativo como garantía a la hora de obtener un resultado conforme a los intereses generales, sino que también opera, aunque con menor importancia, en el procedimiento de administración de justicia como garantía de que la decisión adoptada por el órgano decisor será justa. Otro buen ejemplo de la importancia de la imparcialidad como garantía de la justicia y el acierto de las soluciones alcanzadas en el procedimiento pueden venir de la mano de algunas teorías filosóficas. Así, en la Teoría de la justicia de Rawls para que se pueda calificar de justas las soluciones alcanzadas es necesario que los ciudadanos las adopten en una situación de imparcialidad como la que les coloca el velo de la ignorancia. Sólo en un hipotético escenario imparcial en el que los ciudadanos desconocen quienes son, cuáles son sus intereses, sus cualidades físicas o psíquicas, su suerte en la vida, etc. pueden adoptar decisiones justas. Por consiguiente, no se podrá considerar que la solución es justa si no ha sido adoptada en dichas condiciones. También ejerce un papel relevante el principio de imparcialidad en la ética discursiva de Habermas, donde es esencial para la formación de un acuerdo racional. Esta idea, trasladada al ámbito de la Administración pública, implica que no se podrá afirmar que una decisión administrativa satisface intereses generales si es parcial, es decir, si se emite con interferencias claras de intereses privados.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Una actuación parcial en el ámbito de la Administración pública no sólo produce un resultado contrario a la finalidad que pretende satisfacer la institución pública, sino que irroga una serie de efectos negativos en el sistema social. Los efectos negativos se ven agravados en los procedimientos administrativos donde los administrados concurren competitivamente. En los procedimientos donde la Administración actúa como poder adjudicador, una decisión o actuación parcial de un funcionario público constituye un trato desigual hacia sus administrados por parte de una institución que precisamente debe perseguir la satisfacción de servicios públicos en condiciones de igualdad.

No obstante, las consecuencias que produce un menoscabo en el principio de imparcialidad no son sólo de tipo ético, sino también económico. En el ámbito de la contratación pública, la existencia de determinadas conductas parciales coloca injustamente a un sujeto en una posición preferente para recibir un contrato, adultera el procedimiento de selección del contratista y quiebra las reglas de la concurrencia competitiva. Una ausencia de concurrencia competitiva da lugar a que la institución pública adquiera bienes o servicios más costosos o de peor calidad, produciendo un empeoramiento del servicio que ésta ofrece a los ciudadanos. Por consiguiente, lo más probable será que el contrato no sea adjudicado a quien ofrece las mejores condiciones, el mejor precio, la mejor materia prima, etc., sino a aquel que suscita un interés privado por parte del sujeto que decide.

En definitiva, tras un análisis en profundidad sobre el principio de imparcialidad podemos afirmar que nos encontramos ante un objeto de protección legítima por el Derecho, pues se trata de un aspecto de la realidad social importante cuya vulneración irroga efectos negativos graves para el subsistema administrativo y para la sociedad en conjunto. Por consiguiente, no estamos ante una prohibición penal que eleve a la categoría de delito lo que es un “injusto meramente moral” o que constituye un “reproche ético o estético”, como ha reiterado un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, sino que nos encontramos con un aspecto esencial de la realidad cuya vulneración produce una dañosidad social empíricamente constatable.

SÉPTIMA

El verdadero problema respecto al bien jurídico imparcialidad no se sitúa en torno a su correcta formulación, pues se trata de un concepto que puede ser deslindado acudiendo a la Constitución y al Derecho administrativo. El principal inconveniente

CONCLUSIONES

respecto al mismo recae sobre la identificación de su lesión. Hay determinados autores que han señalado que los principios constitucionales identificados como bienes jurídicos de los delitos contra la Administración pública son abstractos e imposibles de alcanzar por acciones individuales. Sin embargo, dicha característica los convertiría en entidades no susceptibles de ser erigidas a la categoría de bienes jurídicos legítimos, pues, como se expuso en su momento, los bienes jurídicos son parcelas de la realidad social susceptibles de ser lesionadas por acciones individuales. A diferencia de lo que expone este sector de la doctrina, a lo largo del trabajo se ha mantenido la idea de que el principio de imparcialidad sí puede ser menoscabado por acciones individuales. Para que se pueda considerar lesionado el sujeto debe llevar a cabo una actuación parcial que afecte a la función que lleva a cabo la Administración de cara a los ciudadanos.

En la doctrina, raramente se pone en duda que una resolución parcial como acto decisorio que emite la Administración pública menoscaba el bien jurídico protegido. No hay duda de que la resolución, como acto administrativo que constituye una declaración de voluntad de la Administración, produce efectos definitivos en el sistema social e irroga una serie de efectos negativos que afectan a la función pública que lleva a cabo la institución de cara a los ciudadanos. No obstante, a mi juicio, la emisión de una resolución no es la única conducta que puede lesionar el bien jurídico. Los informes, especialmente los preceptivos pero también los facultativos pueden producir este efecto. Asimismo, la emisión de un voto parcial en un órgano colegiado también constituye la lesión del bien jurídico. Así, un sujeto que emite un voto favorable a su propia causa se coloca a sí mismo en una posición injustamente privilegiada a la hora de recibir un beneficio administrativo. Es decir, su empresa tendrá más opciones de salir como adjudicataria del contrato que la de cualquier otro sujeto que no tenga un miembro dispuesto a votar a su favor en el órgano que adopta la decisión. Y desde ese momento, los administrados no compiten en condiciones de igualdad, eliminándose las ventajas económicas que se derivan de la concurrencia competitiva, por lo que indudablemente afecta a los administrados de forma directa.

Otro problema con respecto a la lesión del bien jurídico es el de identificar cuando nos encontramos ante una actuación administrativa parcial. Es decir, detectar cuándo un sujeto a la hora de llevar a cabo una actuación administrativa se ha dejado influir por intereses privados. Su prueba se complica porque es un aspecto que pertenece a la psique humana, por lo que exige que sea objetivado de alguna manera. Para identificar

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

determinadas situaciones de riesgo de parcialidad los anglosajones acuden al concepto de conflicto de interés. Así, los conflictos de interés pueden ser considerados como la antesala de la lesión del bien jurídico, sobre todo los conflictos de intereses reales. En estos casos el sujeto debe tomar la decisión de actuar conforme al interés general u optar por el interés privado. Si escoge esta última opción, el riesgo de parcialidad que identificaba la situación de conflicto de interés desaparece y se torna en parcialidad, es decir, en lesión. En el ámbito continental quizás resulte ajeno el concepto de conflicto de interés pero ello no significa que no se hayan dispuesto algunas normas con el objetivo de evitarlos. Por ejemplo, el deber de abstención, las incompatibilidades, etc. tratan de evitar situaciones en las que el sujeto puede dejarse influir por intereses privados. Por ello, al igual que sucedía con el concepto de conflicto de interés, una actuación en contra de lo que la “norma cautela” dispone también será un signo de parcialidad y, por tanto, de lesión del bien jurídico.

OCTAVA

Una vez definido el bien jurídico y su lesión, el siguiente paso lógico respecto al objeto de tutela era analizar si el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos obedece a una estructura típica de lesión o de peligro. Teniendo en cuenta cómo se ha caracterizado la lesión del bien jurídico, el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tipifica un delito de lesión, pues la conducta consiste en la emisión de una resolución u otra actuación parcial relevante que afecte a la función de la institución de cara a los ciudadanos. A diferencia de lo que ha señalado un sector de la jurisprudencia y de la doctrina, la no aparición de un menoscabo al erario público, la obtención de un beneficio económico por parte del funcionario o la emisión de una resolución manifiestamente ilegal no convierten a este tipo penal en un delito de peligro, pues los efectos negativos previamente identificados se producen con la emisión de una resolución, un informe o un voto parcial. Así, se podrá apreciar este tipo penal aunque la resolución adoptada sea la mejor, económicamente hablando, para la institución pública o aparentemente no se haya emitido incumpliendo ninguna norma legal (al margen de aquella que obliga al sujeto a abstenerse cuando tiene un interés personal en el asunto).

NOVENA

Una vez confirmada la existencia de un bien jurídico digno de protección penal no podemos afirmar automáticamente que nos encontramos ante un precepto penal

CONCLUSIONES

legítimo, pues antes de realizar dicha afirmación es necesario acudir a otros principios que incorporen tanto criterios de carácter axiológico como de carácter utilitarista. Para ello, los principios de la intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, jugarán un papel discriminador mucho mayor. La necesidad de llevar a cabo un estudio sobre los principios de intervención mínima en el caso de las conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos es especialmente acuciada, pues la escasa doctrina y jurisprudencia que ha recaído sobre el delito objeto de estudio ha sido muy crítica con la previsión de este precepto en el Código penal. Probablemente, uno de los argumentos que más se ha repetido es que nos encontramos con un precepto que recoge un ataque no suficientemente grave contra el bien jurídico, que no merece ser incorporado al Código penal y que existen medidas más eficaces destinadas a evitar o reprimir este tipo de conductas en otros sectores del ordenamiento jurídico menos restrictivos de Derechos fundamentales. Por ello, a lo largo de la tesis doctoral no me he limitado a llevar a cabo una exégesis dogmática del tipo penal que ayude a la doctrina y a los tribunales a interpretar la confusa redacción del artículo 439 del Código penal, sino que, con el objetivo de comprobar si las críticas anteriormente formuladas son superficiales o se basan en datos empíricos, he realizado un análisis de este precepto a la luz de los principios de la intervención mínima, que son aquellos que pueden arrojar luz sobre este tipo de cuestiones.

Los principios de fragmentariedad y subsidiariedad se suelen enmarcar bajo un mismo macro principio “de intervención mínima”, lo que ha dado lugar a que muchos autores hayan confundido los postulados propios de uno y de otro. Por ello, con carácter previo al análisis de dichos principios, he procedido a aclarar a efectos de la presente tesis doctoral qué juicios abarca el principio de fragmentariedad y en el de subsidiariedad. Así, el principio de fragmentariedad se asienta sobre la idea de que el Derecho penal debe quedar reservado para prevenir conductas gravemente perjudiciales, lo que se materializa en dos ideas: que el Derecho penal debe estar orientado a la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia social externa y que sus intervenciones deben quedar limitadas a los ataques más intolerables frente a estos. Por su parte, el segundo principio de la intervención mínima, el de subsidiariedad o *ultima ratio*, trata de agotar los medios de control social menos lesivos disponibles tanto fuera como dentro del ordenamiento jurídico antes de recurrir al Derecho penal. El principio de fragmentariedad tiene un contenido ético vinculado con la idea de merecimiento de pena mientras que el principio

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

de subsidiariedad, de carácter utilitarista, se relaciona con la idea de necesidad de pena y lleva a cabo un análisis coste-beneficios. Por su contenido de justicia, la fragmentariedad cobra un peso mayor y su análisis se ha de llevar a cabo con anterioridad a cualquier juicio de carácter utilitarista.

DÉCIMA

Como se ha puesto de manifiesto, el principio de fragmentariedad tiene una doble vertiente. Es decir, realiza un juicio en dos niveles. El primero de ellos, trata de responder a la cuestión sobre si el objeto identificado como bien jurídico es suficientemente relevante como para ser protegido por el Derecho penal. Por su parte, el segundo de ellos, trata de responder a la cuestión de si el ataque concretamente tipificado es suficientemente grave como para merecer un reproche por este sector del ordenamiento.

Dicho esto, el primero de los dos juicios que lleva a cabo el principio de fragmentariedad me ha obligado a tratar la cuestión de si el principio de imparcialidad en la actuación administrativa como objeto de tutela es un aspecto esencial para la convivencia social externa, tarea que, en cierta medida, ha supuesto la reiteración de algunos de los argumentos que se expusieron en la identificación del bien jurídico. A esta cuestión se ha respondido afirmativamente por las siguientes razones. El principio de imparcialidad, que se lesiona a través de una actuación del funcionario conforme a intereses privados, es un presupuesto esencial del funcionamiento de la Administración pública conforme a su fin dispuesto constitucionalmente. Una vulneración de dicho principio se opone frontalmente a los intereses generales que, desde una perspectiva sociológica y jurídica, es la función que debe llevar a cabo la institución pública. Pero un ataque a este principio, además de tener consecuencias éticas, por producir un trato desigual a los administrados que concurren en un determinado procedimiento, tiene consecuencias económicas.

Para exponer claramente los efectos negativos que produce una actuación parcial se ha acudido al sector de la contratación pública, donde tienen lugar la mayor parte de conductas de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y se vislumbran claramente los efectos negativos de la corrupción. Una actuación parcial en este ámbito produce una adulteración del procedimiento de selección del contratista que habitualmente se traduce en una pérdida de eficiencia del procedimiento de contratación. La Administración no se beneficia de la existencia de una rivalidad real entre empresas

CONCLUSIONES

de un determinado sector, sino que la presencia de intereses privados tendrá el efecto de producir un monopolio encubierto. En un procedimiento administrativo en el que no hay competencia, la Administración no contrata con la mejor empresa, con la más capacitada, con la que ofrece un mejor servicio, mejores precios, sino con la que suscita un interés al sujeto que decide. Es decir, la ausencia de imparcialidad da lugar a que se eliminen todas las ventajas que la concurrencia competitiva ofrece, como la adquisición de bienes y servicios a precios más bajos, el aumento de la calidad de lo que se adquiere, etc., por lo que a menudo, se producirá la ejecución de obras o la adquisición de bienes más caros para el erario público produciendo un claro perjuicio para el conjunto de los ciudadanos.

El segundo de los juicios del principio de fragmentariedad me ha obligado a analizar si la conducta prevista en el 439 del Código penal constituye un ataque suficientemente grave al bien jurídico como para merecer un reproche penal. Para responder a la cuestión se ha recurrido a los conceptos dogmáticos de desvalor de acción y desvalor de resultado que han sido trasladados a una perspectiva político criminal, funcionando como una valiosa guía. De este modo, se ha llegado a la conclusión de que la conducta que contempla este precepto penal conlleva un desvalor de acción y de resultado cualificado. En lo que respecta al desvalor de acción, éste es cualificado en la medida que supone una vulneración activa de un deber fundamental administrativamente establecido como es el de abstención. Además, el artículo 439 no tipifica una infracción de cualquier motivo-cause de abstención, sino que recoge el más importante y el que más reproche suscita según la doctrina y los estudios empíricos realizados en la materia, que es el de actuar persiguiendo un beneficio personal. De hecho, esta causa de abstención-recusación, en el ámbito administrativo no exige, como sucede con la amistad o la enemistad, analizar si operó o no en el caso concreto. También se ha considerado que suscita un reproche similar a este, aunque en un nivel por debajo de actuar persiguiendo un interés personal, el actuar beneficiando a un tercero cercano como un familiar directo o al cónyuge. No se puede cuestionar que una conducta administrativa de favorecimiento a sí mismo o a un tercero cercano es parcial en un sentido equivalente a aquella consistente en actuar motivado por la existencia de un interés económico o por la presión recibida por parte de un superior jerárquico, por lo que, la conducta recogida en el artículo 439 del Código penal es equivalente en desvalor de acción a otras ya contempladas en el Código penal.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Respecto al desvalor de resultado, la conducta también constituye un injusto cualificado porque parece afectar al bien jurídico de la forma más grave posible, lesionándolo, dado que exige una intervención activa del funcionario (la emisión de un voto, una resolución, un informe etc.) que le permita procurarse una participación en un asunto administrativo. El plus de desvalor de acción y de desvalor de resultado convierte en legítima la protección por el Derecho penal de esta figura delictiva. No obstante para que efectivamente esa intervención penal se materialice ha sido necesario llevar a cabo un juicio posterior, el de subsidiariedad.

DECIMOPRIMERA

Una vez concluido que “en abstracto” se puede recurrir al Derecho penal para reprimir un determinado comportamiento, el siguiente paso ha sido analizar, desde una perspectiva utilitarista, si efectivamente el ordenamiento jurídico dispone de otros mecanismos de control social que se encaminen a evitar la conducta prohibida por el artículo 439 con un menor coste que el Derecho penal. Este análisis es especialmente necesario en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos por dos razones. En primer lugar, porque la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre el mismo ha reiterado en diversas ocasiones que el espacio que ocupa en el ordenamiento jurídico este precepto ya está ocupado por las infracciones administrativas, las prohibiciones de contratar o las obligaciones de abstención. En segundo lugar, porque en reiteradas ocasiones los tribunales han desviado al Derecho administrativo este tipo de conductas con el argumento de que en este sector del ordenamiento se lleva a cabo una represión o evitación más eficaz de las mismas, por lo que su previsión penal supondría una vulneración del principio de subsidiariedad o *ultima ratio*. Para ello, se ha examinado la conducta a la luz del principio de subsidiariedad cuyo análisis lleva a cabo un sector autorizado de la doctrina en dos vertientes, una interna y otra externa. En su vertiente externa, trata de dilucidar si existen mecanismos, sancionadores o no, ajenos al Derecho penal. Por su parte, tras admitir la necesidad de recurrir a la sanción penal para reprimir una determinada conducta, en la vertiente interna se analiza cual de entre las opciones disponibles por parte de este sector del ordenamiento arroja un saldo coste-beneficio más favorable.

En el nivel externo del principio de subsidiariedad, se ha analizado la eficacia tanto de las medidas preventivas genéricamente previstas en el Derecho administrativo

CONCLUSIONES

como son las leyes de incompatibilidad, de abstención-recusación, así como las específicamente dispuestas en el ámbito donde más sentencias de negociaciones prohibidas han recaído, en el de la contratación pública. Una vez llevada a cabo dicha tarea, se ha llegado a la conclusión de que ni desde el ordenamiento administrativo en general ni desde el sector de la contratación en particular se han logrado articular mecanismos que eviten los conflictos de intereses y que garanticen sólidamente un nivel deseable de imparcialidad en la actuación administrativa. Un buen ejemplo de lo laxos que son los controles anticorrupción en el ámbito administrativo y, en especial en la administración local, es el hecho de que precisamente figuras de control como el secretario del ayuntamiento o el tesorero, que gozan del carácter de funcionarios del Estado, son nombradas por los propios ayuntamientos. En cualquier caso, lo cierto es que aunque las leyes administrativas fueran mejores, se ha llegado a la conclusión de que este requiere ser refrendado por un sistema sancionador que actúe cuando no lo hace la inhibición moral del propio sujeto. Así, por ejemplo, en el caso de la institución de la abstención, ésta no es suficiente para evitar conductas dañosas. El hecho de que el acto administrativo sobre el que recae pueda ser anulado y deje de producir efectos en el sistema, no convierte en innecesario imponer sanciones a los sujetos que voluntariamente deciden incumplir esta cautela. La nulidad o anulabilidad del acto administrativo no constituye carácter de sanción, sino que se limita a evitar que el acto siga produciendo efectos jurídicos externos en el sistema administrativo.

Una vez estudiados los mecanismos puramente preventivos, el análisis costes-beneficios realizado me ha servido para pasar al siguiente nivel de control social. Es decir, el siguiente paso ha sido analizar los sistemas sancionadores de que se dispone en el Derecho administrativo para disuadir este tipo de conductas. Los resultados arrojados en este ámbito han sido especialmente interesantes, principalmente porque se ha constatado que, para sancionar conductas dañosas, el Derecho administrativo prácticamente solo dispone del Derecho disciplinario como mecanismo sancionador. Sin embargo, este sector del ordenamiento adolece de dos problemas que lo convierten en un régimen inidóneo para disuadir las conductas tipificadas por el artículo 439 del Código penal. El primero es que el cuerpo legislativo que regula la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, el Estatuto Básico del Empleado Público, prevé sanciones únicamente para sujetos que tienen administrativamente la condición de empleado público. Esto significa que quedan fuera de este concepto los sujetos que criminológicamente más delitos

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

cometen contra la función pública, que son los que tienen carácter de autoridad u ostentan un cargo electo, como los alcaldes y concejales en el ámbito de la Administración local. El segundo de ellos es que el Derecho disciplinario, como potestad interna de la Administración pública, tal y como está configurado en el ordenamiento jurídico español no es un régimen sancionador independiente capaz de imponer sanciones creíbles e imparciales. Una prueba de ello es lo extremadamente inusual que resulta que se abra un expediente sancionador a un funcionario. Por ello se puede dudar de que este sea un medio idóneo para sancionar conductas circunscritas al ámbito de la corrupción

En definitiva, a diferencia de lo que señalaba la doctrina y la jurisprudencia, ha quedado suficientemente acreditado que no existen mecanismos en el Derecho administrativo eficaces que conviertan en innecesaria la intervención penal en esta materia, por lo que los tribunales penales no tienen argumentos fundados para desviar a este sector del ordenamiento conductas que pueden ser sancionadas a través de este precepto. Las habituales desviaciones al ámbito administrativo por parte de los jueces penales con el argumento de que una sanción penal vulneraría el principio de subsidiariedad resultan del todo cuestionables.

Además de tratarse de un argumento falaz, pues no existen mecanismos sancionadores eficaces en el ámbito del Derecho administrativo, al aludir al principio de subsidiariedad para evitar sancionar una determinada conducta penalmente, los jueces confunden dos planos de la discusión distintos. Así, los tribunales mezclan el plano políticocriminal, en el que opera el principio de *ultima ratio* y del que se ocupa el legislador al decidir opciones de política criminal, y el plano de comprobación de la tipicidad, que corresponde al juez y cuyo margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad. Así, una cosa es la intervención mínima y otra, la significatividad del ataque, que supone la efectiva constatación de la existencia de una lesión o peligro para el bien jurídico con suficiente entidad como para entender que el comportamiento es típico. Y sólo en base a este último argumento podrá fundamentar el juez la no aplicación de un precepto cuando se dan todos los requisitos típicos.

DECIMOSEGUNDA

CONCLUSIONES

Tras analizar los mecanismos previstos en el Derecho administrativo, he llegado a la conclusión de que en la actualidad el único ordenamiento jurídico capaz de imponer sanciones a las conductas previstas por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos de forma independiente y eficaz es el Derecho penal. Y todo ello incluso a pesar de que el precepto concretamente previsto en el Código adolece de una serie de problemas que hacen que no esté cumpliendo las funciones de prevención general y especial exigidas a este sector del ordenamiento. No obstante, se ha llegado a la conclusión de que los motivos que dan lugar a dicho fracaso son coyunturales y pueden ser remediados a través de propuestas interpretativas y de reforma del tipo penal como las que se han llevado a cabo a lo largo del capítulo tres en el análisis dogmático del precepto.

Aceptado el hecho de que el Derecho penal puede combatir eficazmente este tipo de conductas lesivas, el nivel interno del principio de subsidiariedad me he obligado a plantearme qué sanción, de las que dispone este sector del ordenamiento, es suficiente para disuadir este tipo de comportamientos. Tras llevar a cabo un análisis económico apoyado en los escasos estudios empíricos realizados en la materia, he llegado a la conclusión de que es la pena de prisión la más adecuada para poner en marcha el mecanismo de la disuasión. Esto se debe principalmente al fracaso de otras penas para alcanzar un nivel deseable en este tipo de delincuente. En primer lugar, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por sí sola no disuade de la comisión de este tipo de conductas, a diferencia de lo que ocurren en la delincuencia económica, donde esta sanción se ha postulado como una de las más eficaces. Poco o nada podría disuadir esta medida frente a los sujetos que más delitos cometen: las autoridades u otros cargos electos, cuyo paso por la política es temporal y limitado a la legislatura. En segundo lugar, la pena de multa, cada vez más defendida por la doctrina, tampoco tiene un efecto especialmente disuasorio para este tipo de delincuente de cuello blanco, cuyo patrimonio le permite afrontar este tipo de sanciones sin ver mermada excesivamente su capacidad económica. Por consiguiente, la pena de prisión es la única capaz de conseguir el efecto disuasorio deseado, más aun teniendo en cuenta el efecto estigmatizador colateral que genera es superior al de cualquier otra.

DECIMOTERCERA

Una vez finalizado el análisis políticocriminal y reivindicada la prohibición penal de la conducta de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, a continuación se

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ha procedido a realizar un estudio dogmático del tipo para llevar a cabo una interpretación de los términos en los que se redacta el artículo 439. No obstante, antes de comenzar con dicho análisis, he procedido a realizar un repaso por la evolución del precepto. La necesidad de llevar a cabo esta tarea se debe principalmente al hecho de que, a pesar de que se trata de uno de los delitos contra la Administración pública más antiguos del Código penal, no se trata de un tipo penal muy asentado en el imaginario doctrinal y jurisprudencial español. Esto se debe al hecho de que ha sido escasamente investigado por la doctrina y objeto de exiguos pronunciamientos por parte de nuestros tribunales. Además, la letra del precepto es demasiado confusa y no permite un fácil acceso a la conducta prohibida, por lo que el criterio histórico, aunque no es determinante en la interpretación de las leyes, puede constituir en casos como el nuestro una valiosa guía. Así, constituye una valiosa ayuda saber cuál fue la intención del legislador al incorporarlo al Código penal y qué es lo que ha motivado alguna de las reformas que ha sufrido el precepto.

Tras el estudio sobre la evolución legislativa del precepto, se han extraído las siguientes conclusiones. En primer lugar, aunque inicialmente la figura se configuró como una modalidad de fraude funcional su relación con éste ya fue cuestionada por la doctrina de la época debido a que la conducta objeto de análisis carece de carácter defraudador, pues no exige engaño o intención de causar un perjuicio económico al erario público. En segundo lugar, el repaso de los antecedentes del delito ha servido para comprobar que no toda modificación legislativa sufrida por el precepto ha mejorado su redacción y su respuesta a la realidad social sobre la que pretende incidir. Es indudable que el texto incorporado al Código penal en 1995, que es en gran medida el que se mantiene en la actualidad, le ha hecho un flaco favor al precepto y a la lucha contra la corrupción que desde el mismo se mantiene, pues se han empleado términos confusos e innecesarios que han restringido el tipo.

Este problema se ha trasladado a los tribunales, que en alguna ocasión han calificado como delito de negociaciones prohibidas conductas dispares en naturaleza y contenido de lo injusto. Por ello, a pesar de que la reforma llevada a cabo en 2010 permite aplicar el precepto, lo cierto es que incluso su redacción era técnicamente mejor en el Código penal de 1973. En cualquier caso, de la evolución histórica del precepto parece deducirse claramente que, a pesar de la deficiente letra del tipo penal, el objetivo del legislador siempre fue el mismo, sancionar la conducta de un funcionario que aprovecha

CONCLUSIONES

su deber de intervenir oficialmente en un asunto para hacerlo procurándose un interés personal (interés que en la redacción posterior a 1995 se limita únicamente a la de obtención de una participación). Por consiguiente, dicho precepto se asienta y siempre se asentó sobre el deber de abstención que obliga a un funcionario público a no intervenir en un asunto cuando tenga un interés personal sobre el mismo.

DECIMOCUARTA

Uno de los principales elementos del tipo objetivo es el sujeto activo, dado que nos encontramos ante un delito especial. Por eso, su adecuada identificación ha sido fundamental para distinguir este precepto de otros similares.

La principal cualidad de este sujeto es que se trata de un funcionario público que interviene en un asunto oficialmente mediante una actuación idónea para condicionar el sentido de la decisión que se adopte. El rasgo más importante del sujeto activo es que tiene el deber de intervenir en un asunto. Ese deber de intervenir, del cual se aprovecha el sujeto activo para tratar de procurarse un interés, debe venir impuesto legal o consuetudinariamente. De este modo, el sujeto activo aprovechará de que tiene la obligación de emitir un informe, un voto o una resolución en un asunto determinado para procurarse una participación en el mismo a través de dicha intervención, por lo que no podrá ser sancionado quien interviene en el procedimiento sin competencia específica para ello, como por ejemplo, quien adjudica un contrato sin que ésta sea una función propia de su cargo.

Este hecho le ha valido al precepto penal críticas por parte de algún autor, que ha considerado necesario reformar el tipo penal. No obstante, dicha apreciación pierde importancia si se contempla el delito de Negociaciones prohibidas no como el único, sino como uno más de los medios disponibles por el ordenamiento jurídico para hacer frente a los delitos de corrupción. Así, la conducta en la que se emite un informe o una resolución usurpando funciones ajenas, y que tiene un contenido de lo injusto distinto, podrá ser calificada en todo caso como prevaricación. Por el contrario, el objetivo político criminal del artículo 439 es reprochar la conducta de sujetos que se aprovechan de sus intervenciones oficiales para hacerlo de un modo que les favorezca.

Además de intervenir oficialmente, dicha intervención debe ser transcendente en el procedimiento, capaz de condicionar la decisión que se adopte en el asunto, que será lo que permita al funcionario procurarse una participación. Tras una investigación

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

concienzuda, he llegado a la conclusión de que las intervenciones oficiales que puede llevar a cabo el funcionario público en el ámbito de un procedimiento administrativo con suficiente transcendencia como para condicionar la decisión final que se adopte son las actividades informativas y las decisorias. Las actividades informativas consisten en emitir informes técnicos, propuestas, dictámenes, etc. La emisión de un informe, a pesar de no ser un acto administrativo decisorio, es transcendental para el sentido de la resolución que se dicte en el procedimiento tanto si este es de carácter facultativo como preceptivo. Esto se debe a que los informes, técnicos o jurídicos, se llevan a cabo en aquellos procedimientos que requieren ser refrendados por conocimiento experto del que carecen las autoridades o sujetos que adoptan las decisiones. Por su parte, las intervenciones decisorias, consisten en la emisión de un voto, si la decisión se adopta por un órgano colegiado o la emisión de una resolución, si la decisión se adopta por un órgano individual. Indudablemente son las actividades decisorias las que mayor transcendencia tienen, ya que inciden directamente sobre el fondo del asunto.

DECIMOQUINTA

La conducta típica, como se adelantó en el análisis del sujeto activo, consiste en intervenir en un negocio o actuación para procurarse una participación en el mismo. Es decir, el tipo penal sanciona la conducta de un funcionario consistente en emitir oficialmente un informe, un voto o una resolución. No obstante, como ya se ha señalado no es en las mismas donde recae el injusto pues, al contrario, estas forman parte de las funciones propias del cargo y el funcionario se encuentra obligado a llevarlas a cabo. Donde recae el injusto de este tipo penal es en el hecho de que el sujeto activo precisamente las realiza con la intención de procurarse una participación en una actuación o negocio. Y es aquí donde surgen las principales discrepancias en torno a la conducta típica. La doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida en torno a si el sujeto activo con su conducta debe procurarse una participación en el asunto administrativo en que interviene o si, por el contrario, esta debe ser su intención, sin necesidad de que deba producirse tal resultado.

La mayor parte de los autores considera que la participación en un asunto administrativo es el resultado que el tipo exige para la consumación del tipo penal. De este modo, para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el tipo penal se consuma con la emisión de una resolución favorable a los intereses del propio funcionario, con la

CONCLUSIONES

efectiva adjudicación de una subvención o contrato. Por el contrario, como he hecho a lo largo del capítulo tres, a mi juicio le asiste la razón a la posición doctrinal y jurisprudencial minoritaria. En mi opinión, la conducta del tipo penal es de índole finalista, dirigida a procurarse una participación que no debe ser obtenida. No requiere que el sujeto efectivamente participe en el asunto, lo que se produciría con la emisión de una resolución favorable a sus propios intereses, sino que es suficiente con que el sujeto realice una intervención suficientemente transcendente como para condicionar la resolución final que en el procedimiento se adopte. Así, por ejemplo, según la postura mantenida, en el sector de la contratación pública no será necesario que se haya producido la adjudicación del contrato para considerar consumado el tipo penal, sino que será suficiente con la emisión de un voto o un informe que revele la intención del sujeto de procurarse una participación.

Los motivos por los que considero esta interpretación como la más adecuada son dos. El primero de ellos, porque desde un punto de vista de la literalidad del precepto, su alusión a “para forzar o facilitarse una participación...” implica la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto. Un objetivo del sujeto que no requiere ser conseguido. Por eso, a diferencia de lo que ha señalado algún autor, para adquirir dicho significado no es necesario acudir al verbo “intentar” con el objetivo de que refrende dicha intención finalista, pues la alusión al término “para” ya otorga al precepto dicho significado. De hecho, es esta la preposición que en general suele emplear el Código penal cuando se quiere incorporar dicho elemento subjetivo. El segundo, es que dicha interpretación es la más adecuada atendiendo al bien jurídico protegido y al momento en el que se produce su lesión. Como ya se puso de manifiesto cuando se identificó la lesión del bien jurídico, ésta tiene lugar cuando el sujeto interviene en el procedimiento administrativo parcialmente (emitiendo un voto, un informe o una resolución). A partir de ese momento se produce un trato desigual por parte de la Administración hacia sus administrados, colocándolos en una posición injustamente desigual para obtener beneficios administrativos e irrogando en el sistema social algunos de los efectos negativos que se pusieron de manifiesto en su momento. Dicho esto, si sólo se castiga la emisión de una resolución, que es lo que procura al sujeto activo una participación en el negocio o actuación en el que interviene, se estaría castigando sólo una modalidad de lesión pero se dejarían fuera otras como las consistentes en emitir un informe o un voto parcial, que también menoscaban el objeto de tutela.

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otro de los rasgos que se pueden deducir de la conducta típica, además de que se trata de una intervención oficial de índole finalista, es que constituye una vulneración de un deber de abstención administrativamente establecido incluso aunque la letra del precepto no aluda a él expresamente. La relación entre la conducta típica y el deber de abstención es evidente porque nos encontramos con un sujeto que interviene en un asunto sobre el que tiene un interés personal, dado que se quiere procurar una participación en el mismo. Esta circunstancia según la LRJSP y otras leyes administrativas obligaría al funcionario a abstenerse de intervenir en el asunto e incluso a permitiría a cualquier interesado ejercitar la recusación. Esta exégesis se ve refrendada por una interpretación sistemática del mismo con respecto al precepto previsto en el artículo 440 del Código penal, que castiga supuestos de autocontratación en el ámbito privado.

Una vez delimitada la conducta típica, a pesar de la confusión que genera la propia redacción del precepto y afirmado que ésta consiste en intervenir oficialmente en un asunto con la finalidad de obtener una participación en el mismo, se puede descartar que la misma recaiga sobre los términos “forzar o facilitarse una participación” que, según la postura aquí mantenida, aludirían al elemento subjetivo de lo injusto. Por tanto, el verbo sobre el que recae la conducta típica es el de intervenir y no el de participar, como ha señalado algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia. Dicho esto, quedan excluidos de *lege lata* de este precepto modalidades delictivas a veces incorporadas al delito de Negociaciones prohibidas como aquellas en las que el sujeto se sirve de métodos coactivos o de amenazas para obligar a un particular a que le venda o le ceda acciones de su empresa a cambio de intervenir oficialmente en un sentido favorable a su pretensión.

Como se acaba de señalar, una interpretación literal, teleológica o sistemática del tipo penal difícilmente nos podría llevar a afirmar que la conducta típica prevista en el artículo 439 del Código penal consiste en que el sujeto activo se fuerce o facilite una participación en un asunto. En cualquier caso, aunque la conducta recayera sobre el término “forzar”, dudosamente éste podría ser interpretado en el sentido de imponer o coaccionar a otro sujeto. Si el precepto penal requiriese para su consumación de la intervención de otro individuo, particular o funcionario, el legislador debería haber hecho referencia a su figura de forma clara y expresa.

A mi juicio, la alusión que hace el precepto a “para forzar o facilitarse una participación” no delimita la conducta típica, sino que incorpora información sobre el

CONCLUSIONES

elemento subjetivo de lo injusto. La participación es un objetivo que el sujeto activo persigue pero que no es necesario que consiga. Por consiguiente, la aparición conjunta de ambos verbos, “forzar” y “facilitarse”, referidos al término participación permite interpretarlos de forma sistemática, pudiendo afirmar que la misión de ambos es regular el nivel de dificultad que constituye al sujeto procurarse una participación (fin al que se dirige). Así, por ejemplo, se podrá considerar que el sujeto activo “se facilita” la participación cuando es el titular de un órgano individual y simplemente no se abstiene, resolviendo a su favor. Por el contrario, se podrá hablar de que el sujeto se “fuerza” la participación cuando adjudique a su propia empresa un contrato a pesar de que la Mesa de contratación haya propuesto a otro licitador, lo que le obligará a llevar a cabo un esfuerzo de motivación de su decisión para que el acto administrativo no sea declarado ilegal o cuando el Secretario del Ayuntamiento ponga reservas para la emisión del acto administrativo. En cualquier caso, teniendo en cuenta el hecho de que la participación es un objetivo final que no es necesario conseguir, lo más adecuado dadas las confusiones que ocasionan es eliminarlos desde un punto de vista de *lege ferenda*. Dicho esto, el legislador podría emplear un verbo que englobe modalidades que implican al sujeto una mayor o menor dificultad a la hora de obtener la participación, como por ejemplo, el verbo procurarse.

Otro aspecto importante que hay que señalar respecto a la conducta típica, además del hecho de que es de índole finalista, es que el beneficio que el sujeto pretende (la participación en el asunto) se deriva directamente de su intervención oficial. Por ello, el precepto alude a la participación en “tales negocios o actuaciones”. Es decir, las conductas de emitir un informe, un voto o una resolución, y no otras, son las que deben ser idóneas para procurar al sujeto activo un beneficio. En otras palabras, debe haber una relación causa-efecto entre la intervención del sujeto en el asunto administrativo y la posibilidad de obtener una participación en el mismo. Así, se puede decir que nos encontramos ante un funcionario público que no sólo abusa del cargo, sino de las funciones concretamente asignadas al mismo. Y precisamente este es un aspecto que lo distingue de otras conductas sin relevancia típica o incluso de otras que deben ser sancionadas a través de otros tipos penales.

A diferencia de lo que ha señalado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, no cometerá la conducta propia del delito de negociaciones prohibidas si el sujeto se procura un interés en un determinado asunto pero no a través de una función propia de su

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

cargo. De este modo, no podrá ser castigado por la comisión de este precepto quien elimina a un candidato fuerte en el procedimiento de contratación para que su empresa obtenga la adjudicación del mismo, pues eliminar a un candidato no forma parte de las tareas asignadas al cargo. Asimismo, quedan fuera del precepto aquellos supuestos en los que la participación del sujeto activo no se vincula directamente con su intervención oficial en el asunto, sino con otras circunstancias o actuaciones posteriores. Por ejemplo, permanecen al margen de este precepto aquellas conductas en las que el sujeto adjudica un contrato a una empresa y posteriormente adquiere acciones de la misma. Empleando el mismo razonamiento, también quedan al margen las conductas denominadas de “puertas giratorias”, que son aquellas en las que los sujetos favorecen a empresas privadas desde la Administración pública y después, una vez terminada su función, entran a formar parte de los Consejos de administración de las mismas.

DECIMOSEXTA

Respecto al ámbito en el que debe intervenir el sujeto activo, un sector de la doctrina ha considerado que el sujeto debe hacerlo en cualquiera que tenga carácter económico como un contrato o una subvención, pues los términos “contrato, asunto, operación, o actividad” a los que alude el precepto deben ser interpretados en este sentido. No obstante, si bien es cierto que los términos operación o contrato, los únicos a los que aludía la redacción de 1973, tienen dicho contenido monetario, el mismo no se puede predicar de términos como “asunto” o “actividad”. Por tanto, se puede afirmar que la redacción de 1995 amplió el ámbito de aplicación del precepto a cualquier asunto de la Administración pública. Por ello, los términos empleados “contrato, asunto, operación o actividad”, que después el legislador resume en “tales negocios o actuaciones” suponen una enumeración reiterativa e innecesaria, pues si el objetivo de la misma era ampliar las actividades sobre las que puede recaer la conducta típica en comparación con la redacción de 1973, lo cierto es que podría haber utilizado un término como el de “asunto” que engloba tanto aquellos de carácter económico como aquellos que carecen de dicho carácter.

No obstante, hay un aspecto que restringe el ámbito de aplicación del precepto y del que, a mi juicio, no se ha percatado ni la doctrina ni la jurisprudencia y es la alusión al término participación del elemento subjetivo de lo injusto. Limitar el objetivo que debe

CONCLUSIONES

perseguir el sujeto activo a la obtención de una participación supone una restricción respecto a la anterior redacción, que hacía referencia a la existencia de un interés. De este modo, el término “participación” es mucho más limitado en su alcance y significado que el de interés. Así, mientras que un sujeto puede procurarse una participación en una subvención o contrato, este término no encaja bien con actos administrativos consistentes en otorgar una licencia o la adjudicación de una plaza pública. Por tanto si, como parece, la intención del legislador era la de ampliar el ámbito de actuación de la conducta típica, éste debería haberse abstenido de definir el elemento subjetivo en términos de perseguir una participación en un negocio o actuación. Este argumento, junto con el de la innecesariedad de aludir a los términos “forzar o facilitarse” son los que desde un punto de vista político criminal hacen conveniente una completa reformulación del elemento subjetivo de lo injusto.

DECIMOSÉPTIMA

La necesidad de analizar pormenorizadamente el elemento subjetivo de lo injusto viene determinada por la importancia que ocupa éste en el contexto de dicho precepto, pues no hay que olvidar que nos encontramos ante una conducta típica de índole finalista. Además, la utilización por parte del legislador de una gran cantidad de términos ambiguos y confusos para definir el mismo me ha obligado a realizar un esfuerzo interpretativo para comprender los términos en los que se define el mismo. Dicho esto, la participación, como objetivo que persigue el funcionario pero que no tiene por qué ser obtenido, tiene lugar cuando el sujeto activo adjudica a la subvención o contrato u otro acto administrativo favorable a su propia empresa a través de la emisión de una resolución, sin que sea necesario que la haya comenzado a disfrutar o que haya alcanzado el beneficio lucrativo que pretendía. Es más, a diferencia de lo que ha establecido un considerable sector de la doctrina, la participación que persigue el sujeto no tiene porqué traducirse en la obtención de un beneficio de tipo económico directo, pues el sujeto podrá estar interesado que le sea adjudicado el contrato, incluso aunque no le compense monetariamente hablando de forma inmediata. En cualquier caso, como ya se ha expuesto, la participación no deberá ser obtenida efectivamente, sino que deberá ser un objetivo que el sujeto pretende alcanzar.

No obstante, como ya se ha adelantado previamente, el elemento subjetivo de lo injusto adolece de una serie de problemas que hacen conveniente su reconfiguración de *lege ferenda*. En primer lugar, debido a la innecesariedad y a la confusión que ocasionan

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

los términos de “forzar o facilitarse” previamente expuestos deberían ser eliminados. Si el elemento subjetivo de lo injusto es una tendencia del sujeto activo, un objetivo que no debe ser satisfecho, en realidad, no es necesario que la redacción del precepto aclare la dificultad o facilidad que le supone al sujeto procurarse una participación en el asunto, por lo que será más conveniente que el tipo se reformule, acudiendo a un término que abarque ambas modalidades. En segundo lugar, el término participación también supone una restricción del tipo, pues sólo permite sancionar aquellas intervenciones interesadas que permitan al sujeto procurarse un beneficio que se ajuste a dicho significado, dejando fuera otro tipo de intereses de los que no se pueda predicar que el sujeto participa en nada. Así, este término, se ajusta a actos administrativos como la adjudicación de subvenciones o contratos públicos pero no a las licencias u otros actos favorables que también pueden suscitar un interés al funcionario público. Teniendo en cuenta esto, sería conveniente sustituirlo por el más amplio concepto de interés.

Otro de los aspectos a destacar del elemento subjetivo de lo injusto es que la participación que debe llevar a cabo el sujeto activo será “directa o por persona interpuesta”. A diferencia de lo que ha señalado algún autor y alguna sentencia, la referencia a “persona interpuesta” no puede interpretarse de otro modo, sino como una clara alusión a la figura del testaferro u otro sujeto que represente los intereses del sujeto activo. Esto significa que el interés que busca el sujeto deberá ser exclusivamente personal, lo que deja fuera otros ataques contra el bien jurídico que han sido considerados equivalentemente graves en el análisis de fragmentariedad como son las conductas de favorecimiento al cónyuge, pareja o familiares cercanos. Por eso, de *lege ferenda*, se podría plantear que en el caso de favorecimiento a estos sujetos que constituyen un ataque claro al principio de imparcialidad universalmente admitido, se amplíe la conducta típica para que puedan quedar abarcados.

DECIMOCTAVA

A pesar de que se ha tratado de dar un impulso interpretativo al tipo penal, tratando de que la letra del precepto abarque los supuestos de hecho más típicos aparecidos en la práctica, lo cierto es que el precepto penal debería ser reformado completamente. Para ello debería evitar términos confusos y reiterativos y reconfigurar algunos aspectos que han restringido la conducta típica innecesariamente en el sentido que se ha ido apuntando a lo largo del trabajo. Dicho esto, el artículo 439 del Código penal debería quedar

CONCLUSIONES

redactado en los siguientes términos: “El sujeto que debiendo intervenir en un asunto administrativo lo haga con la intención de procurarse un interés para sí mismo, para el cónyuge o persona unida a él por relación análoga de afectividad o pariente por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo, será castigado con la pena...”. Aunque aparentemente simple, permite abarcar todos los supuestos que lesionan el bien y procura un acceso fácil a la conducta prohibida.

DECIMONOVENA

Tras el análisis dogmático del tipo objetivo y del tipo subjetivo, el siguiente problema que ha suscitado el delito de negociaciones prohibidas y que ha requerido de un pronunciamiento específico ha sido el problema concursal. Deslindar la conducta típica de la de otros tipos penales similares se presentaba como una tarea ardua pero especialmente relevante debido a que uno de los principales argumentos para afirmar que la prohibición penal prevista en el 439 no debe estar contemplada como figura delictiva autónoma es que ya existen otros preceptos orientados a preservar el principio de imparcialidad. Así, según un sector de la doctrina, la existencia de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos se convierte en innecesaria debido a que la conducta típica por él mismo contemplada puede ser objeto de sanción a través de otros tipos como el de fraude funcionarial, cohecho, tráfico de influencias o prevaricación.

A priori, la afirmación de que no puede haber varias figuras delictivas que protejan un mismo bien jurídico es discutible, pues ésta no es una causa de ilegitimidad de un precepto si cada una de ellos aborda el objeto de tutela desde una perspectiva diferente. Compartir la protección de un mismo bien jurídico simplemente implicará que lo protegido no es el criterio de distinción entre diferentes tipos penales y que para llevar a cabo dicha tarea será necesario atender a las particularidades de la modalidad de descritas en cada una de las figuras delictivas. Es decir, la existencia de diversos preceptos que protegen un mismo bien exigirá la identificación de elementos típicos, objetivos y subjetivos característicos de cada una de ellas, lo que simplemente complica pero no impide la labor concursal. De hecho, la prohibición penal de un mismo objeto de tutela es un fenómeno común en el sector de los delitos contra la Administración pública. Esto produce en el ámbito jurisdiccional un fenómeno completamente inusual en relación a la persecución de otros tipos. De este modo, las acusaciones califican los mismos hechos enumerando una larga lista de delitos con objeto de que sea el órgano judicial el que se pronuncie por cualquiera de ellos. Por ello, como apuntan algunos autores, el principal

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

inconveniente de deslindar tipos penales similares en el ámbito de los delitos contra la Administración pública es la ausencia de elaboración doctrinal y jurisprudencial que permita fundamentar la existencia de un concurso de normas o de delitos. Y es esto lo que explica las vacilaciones en las resoluciones judiciales en este ámbito.

VIGÉSIMA

La figura delictiva objeto de estudio tiene una serie de puntos en común con los delitos de fraude funcional y malversación que han hecho que fuera necesario dedicar un epígrafe a su distinción. A pesar de ello, estos dos tipos penales tienen una serie de características específicas que hacen que la apreciación de uno de ellos excluya la aplicación del precepto objeto de estudio. Principalmente la diferencia es que estos tienen un contenido patrimonial del que el delito de negociaciones prohibidas carece. Así, el delito de malversación exige la producción de un perjuicio patrimonial para el erario público. Por su parte, el tipo de fraude no exige dicho perjuicio patrimonial pero sí que ésta sea la intención del sujeto activo. Por el contrario, el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos no exige ni dicho tipo de perjuicio, ni que esta sea la intención del sujeto activo. La intención del sujeto activo del delito de negociaciones prohibidas es sancionar a un funcionario público que se aprovecha de su intervención oficial en un asunto para colocarse a sí mismo o a su empresa en una situación favorable para recibir beneficios administrativos, impidiendo que los administrados compitan en condiciones de igualdad. Por tanto, para que este tipo penal entre en juego, el sujeto activo puede no obtener un beneficio económico, es más, la decisión o intervención llevada a cabo por el sujeto activo puede producir un beneficio de este tipo a la Administración, lo que tendrá lugar, por ejemplo, cuando un Alcalde adjudique a su propia empresa un contrato público siendo esta la que ofrece un precio más bajo.

Ahora bien, en un caso de autocontratación o autoadjudicación de una subvención, distinguir cuándo nos encontramos ante un delito de negociaciones prohibidas o ante un delito de fraude o malversación no siempre es fácil, especialmente porque la adjudicación de una subvención o contrato implica siempre una entrega dineraria al adjudicatario por parte de la Administración. Por ello, hay que identificar una serie de indicios al respecto que sirvan para llevar a cabo dicha tarea. A mi juicio, refleja la intención de traer fondos públicos propio de los delitos de fraude y malversación la adjudicación de un contrato a una empresa ficticia o la adjudicación de un contrato cuando la contraprestación del

CONCLUSIONES

mismo sea inexistente. También evidencia la intención de detraer fondos públicos por encima de la de obtener un beneficio administrativo en condiciones ventajosas los supuestos de autocontratación en los que la adjudicación del contrato se hace por un precio muy superior al de mercado. También se puede hablar de una intención malversadora o defraudadora cuando se lleva a cabo la conducta de “sobrefacturar” a la Administración, pues ésta también revela la intención de apoderarse de fondos públicos. Asimismo, debe ser calificada como fraude o como malversación, y no como negociaciones prohibidas, la adjudicación de un contrato a una empresa para llevar a cabo un servicio o una obra cuya necesidad carezca de toda justificación razonable o no exista realmente, siendo la excusa perfecta para apoderarse de fondos públicos. A diferencia de estas modalidades, en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos el contratista tiene intención de llevar a cabo la obra o servicio que corresponda como contraprestación, el precio objeto del contrato no es superior, sino ajustado al de mercado, el contrato o subvención como acto administrativo no es ficticio, sino real y la necesidad administrativa subyacente al acto es verdadera.

En el caso de que no se pueda inferir de datos objetivos y probados alguno de los aspectos que justifican la intención de detraer fondos públicos podrá entrar en juego el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos siempre que se den sus requisitos. Así, por ejemplo, si no se puede probar que el precio objeto de contrato fue superior al de mercado no podrá entrar en juego uno de los tipos penales que exigen una afección al erario público pero entrará en juego el delito de negociaciones prohibidas si la conducta cumple sus requisitos pues, al fin y al cabo, este tipo penal simplemente exige probar que el sujeto intervino en un contrato o subvención de un modo favorable a su propia causa.

Dicho esto, en realidad, la distinción entre el fraude y las negociaciones prohibidas, así como entre las negociaciones y la malversación no es problemática. La dificultad radica, en realidad, en delimitar el delito de fraude del de malversación, pues ambos tienen un contenido patrimonial y una regulación y pena similares. Aunque a lo largo del capítulo IV se ha planteado en relación a este problema alguna posible solución, lo cierto es que este asunto excede del objetivo del presente trabajo y requerirá de una investigación posterior.

VIGÉSIMOPRIMERA

La delimitación del delito de negociaciones prohibidas y del delito de prevaricación es la más complicada y a la que mayores esfuerzos se le han dedicado. Deslindar ambos tipos penales es más difícil por el hecho de que la resolución que se emite en el delito de negociaciones prohibidas es siempre una resolución injusta y prevaricadora, haciendo que la modalidad consistente en emitir una resolución se solape en ambos delitos por completo.

Si una resolución parcial, propia del delito de negociaciones prohibidas, es siempre una resolución injusta o prevaricadora es por el hecho de que los bienes jurídicos de ambos tipos penales (legalidad e imparcialidad) mantienen una estrecha relación. Así, la legalidad en el ámbito de la Administración pública abarca el respeto tanto a la ley escrita como a los Principios generales del Derecho, entre los que se incluyen objetividad e imparcialidad y que operan cuando el sujeto ejerce potestades discrecionales. En este sentido, se puede decir que el principio de legalidad es más amplio que el de objetividad e imparcialidad y abarca tanto potestades estrictamente regladas, como potestades discrecionales. Esto significa que una resolución parcial es siempre ilegal pero no toda resolución ilegal es siempre parcial. La imparcialidad es un aspecto más concreto del principio superior que lo engloba, el de legalidad y hace referencia concretamente al respeto a la ley, aplicándola sin preferencias ni subjetivismos personales.

El hecho de que la imparcialidad sea un aspecto concreto del principio superior de legalidad es lo que, a mi juicio, hace conveniente aplicar el delito de negociaciones prohibidas con carácter preferente respecto al de prevaricación pues lo dota de un contenido de lo injusto específico. Esto es lo que hace que el delito de negociaciones prohibidas, a diferencia del de prevaricación, siempre sea un tipo específico de corrupción pública, lo que, además de especificidad, le aporta un plus de gravedad. Por ello, en contra de lo que han manifestado algunos autores, la prevaricación debe quedar consumida en el delito de negociaciones prohibidas cuando se den sus requisitos típicos y resolver el problema concursal a través de la regla de especialidad en favor del 439 del Código penal.

Además, el ataque contra el principio de imparcialidad que tipifica el delito de negociaciones prohibidas conlleva un plus de gravedad, pues envía el mensaje de que la función pública es un medio idóneo para quienes quieren satisfacer intereses personales, aspecto que no es predicable respecto al delito de prevaricación, por ejemplo, cuando el

CONCLUSIONES

funcionario actúa en beneficio de compañeros de partido o familiares lejanos. Emitir una resolución favorable a los propios intereses vulnerando un deber de abstención entraña, según la posición aquí mantenida, un mayor desvalor y en este sentido se han pronunciado algunos estudios empíricos al respecto. De hecho, hay que recordar que, a diferencia de algunas de las causas de ilegalidad que pueden dar lugar a la aplicación del delito de prevaricación, la infracción del deber de abstención que subyace bajo el 439, no exige ni si quiera ulteriores comprobaciones sobre si efectivamente operó o no en el caso concreto, pues no cabe duda de que la actuación administrativa llevada a cabo en estas circunstancias es parcial. Es decir, una vez comprobado que el sujeto tenía un interés personal y que ha infringido su deber de abstención no es necesario analizar si ha habido desviación de poder o si la relación de amistad o parentesco operó de algún modo en el caso concreto, pues no hay duda de que una conducta que se lleva a cabo en estas circunstancias es siempre parcial y merece un reproche. Esto explica por qué el delito de negociaciones prohibidas debe ser aplicado con preferencia respecto al de prevaricación y por qué existe una diferencia penológica entre ambas figuras delictivas, convirtiendo al artículo 439 en un precepto más severo.

Además de la emisión de una resolución, el tipo de negociaciones coincide con la prevaricación en las conductas de informar y votar, que se castigan de forma autónoma por el delito de negociaciones prohibidas y por de prevaricación, sólo en la medida que sirvan para dictar una resolución injusta. No obstante, la tipificación expresa de las conductas de votar e informar por parte del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos conlleva una serie de ventajas, que son las mismas que algunos autores han identificado respecto a las prevaricaciones específicas en relación con la genérica.

Cuando se incorporaron las prevaricaciones específicas al Código penal de 1995, algún autor puso de manifiesto que la necesidad de sancionar específicamente las conductas de emitir un voto o un informe en determinados ámbitos concretos como el urbanismo no era necesario políticocriminalmente, pues el problema podría ser solucionado de *lege lata* aplicando las reglas de la participación en el delito de prevaricación genérica. Sin embargo, para poder aplicar las reglas de la participación se exige que autor y partícipe actúen en connivencia, lo que exigiría probar que los sujetos, individualmente, o como miembros del órgano colegiado, conocían todos los elementos

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

típicos del delito de prevaricación, especialmente la arbitrariedad de la resolución, lo que no siempre se da o no es fácil de probar.

Este mismo argumento puede ser utilizado para justificar la presencia del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el Código penal. De no existir dicha tipificación expresa quedaría impune la conducta del concejal que emite un voto favorable a su propia causa en la adjudicación de un contrato cuando este dato sea desconocido para el resto de miembros del órgano colegiado, es decir, cuando no exista o no se pueda demostrar el dolo de prevaricar del resto de miembros, pues, difícilmente se podrá considerar que la resolución dictada es arbitraria cuando ha sido adoptada por una mayoría que actúa de buena fe. También quedaría impune la conducta del sujeto que vota favorablemente la adjudicación a su propia empresa de un contrato o emite un informe técnico favorable a su propia causa, pero cuya opción finalmente no salga adelante pues, en este caso, ni siquiera se ha dictado una resolución arbitraria, por lo que no puede intervenir el delito de prevaricación. La misma situación de impunidad se produciría con respecto a los informes en dichas circunstancias a pesar de que, como se apuntó, constituyen menoscabos al bien jurídico.

VIGÉSIMOSEGUNDA

Como ya se señaló en el análisis del tipo, la alusión que hace el artículo 439 a “forzar o facilitarse una participación” no debe ser interpretada como la conducta típica del delito. Así, el término “forzarse” no incorpora una modalidad comisiva que implique coaccionar u obligar a un particular o funcionario en un sentido similar al de otras conductas típicas previstas en los delitos de cohecho pasivo de los artículos 419 y 420 del Código penal o de tráfico de influencias del artículo 428, por lo que, aclarado este aspecto, la tarea de deslindar el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos de estos dos tipos penales es más sencilla.

Respecto al delito de tráfico de influencias, el artículo 428 sanciona al funcionario público que se prevale de las facultades de su cargo, de su relación personal o jerárquica con otro sujeto para conseguir una resolución administrativa que le pueda generar un beneficio económico. Para ello, la influencia ejercida sobre el sujeto deberá ser determinante en el proceso de motivación de su decisión en un sentido similar a la inducción. No obstante, este comportamiento no puede ser confundido con el que puede tener lugar en el contexto del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios

CONCLUSIONES

públicos. En la práctica del delito de negociaciones prohibidas, el sujeto activo, además de llevar a cabo una intervención oficial en un procedimiento con la intención de obtener un interés, puede tratar de que otros miembros del órgano colegiado voten lo que a él le interesa, puede hacer una sugerencia o exponer ante el órgano colegiado las bondades del contratista o proyecto sobre el que tiene un interés personal.

Este comportamiento es diferente al de ejercer una influencia típica propia del delito de tráfico de influencias pero en algunas circunstancias pueden asimilarse. Cuando un concejal interviene en el Pleno para justificar su voto o captar votos de otros participantes no se da una conducta propia del delito de tráfico de influencias por dos motivos. En primer lugar, porque la conducta de justificar un voto no constituye una influencia decisiva en el proceso de motivación similar a la inducción y en segundo lugar, porque si el concejal no tiene, a priori, una relación de superioridad de la que prevalerse no entraríamos dentro del ámbito típico de este tipo penal. Ahora bien, la cuestión puede cambiar si en vez de encontrarnos con un concejal cualquiera, la conducta la lleva a cabo el alcalde. Aquí, debido a la posición jerárquica que ocupa esta figura en la Administración local, la línea entre el consejo y la influencia típica se desdibuja y, por tanto, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto para poder calificar. Una recomendación, aun proviniendo del alcalde, podría ser considerada como una conducta de tráfico de influencias, pues aunque en general se puede entender que la misma carece de capacidad de incidencia en el proceso de adopción de una decisión, siempre dependerá de las circunstancias del caso. Hay que tener en cuenta que el alcalde, precisamente por serlo, necesitará menos energía criminal para convencer a un sujeto que cualquier otro funcionario. Por eso, el juez deberá tomar una decisión atendiendo a la realidad sociológica existente en un determinado ámbito administrativo.

Respecto, al concurso existente con el delito de cohecho, éste es todavía menos problemático que el anterior, pues cuando el sujeto activo lleve a cabo una conducta de solicitud de intercambio de favores, en el sentido de ofrecer a un particular que le ceda o le venda acciones o participaciones de la empresa a cambio de procurarle un beneficio administrativo, ésta deberá ser calificada como delito de cohecho y no como negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Ahora bien, no se puede descartar en la práctica, que se den situaciones en las que puedan concurrir ambos tipos penales en relación de concurso real. Por ejemplo, un funcionario puede presionar u obligar a un particular para que le ceda o le venda participaciones de su empresa y que, una vez

EL DELITO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

formado parte de dicha empresa, se dedique a adjudicarle subvenciones o contratos infringiendo el deber de abstención. Por otro lado, si el funcionario condiciona la adjudicación del contrato a que el particular le permita participar de algún modo en su empresa y, como consecuencia de dicho acuerdo, éste adjudica el contrato a la misma nos encontraremos con un concurso medial entre ambas figuras delictivas como el que se suele producir entre cohecho y prevaricación cuando se dicta una resolución injust

CONCLUSIONS

FIRST

Legal good has been disputed as an instrument of criticism against the criminal legislator. However, its crisis is due to erroneous conceptions of it. Some of them conceive it as useless, formal and dependent on the will of the legislator instrument. To be a limit to the criminal legislator the legal good has to be related with the principle of harmfulness. With this objective, regardless of its definition, the legal good must be configured as an object coming from social reality, endowed with concreteness and capable of being attacked by individual actions. Likewise, its injury must be empirically verifiable in the social system. This means that it is not necessary to produce perceptible effects by the senses, but empirically verifiable effects on the social system. Characterized thus, the Legal good is capable of serving as limit to the legislator.

In any case, although in the course of the dissertation the political-criminal function of the legal good has been defended, this is not the only one instrument to limit the *ius puniendi*. In order to solve the question of the legitimacy or illegitimacy of a criminal article, there are other principles that must be pursued after the identification of a legal good. Therefore, as it needs to be complemented by other judgments and principles, legal good is not an “oracle” to ask when we face a legitimate criminalization. To answer this question we must use other axiological and utilitarian principles.

SECOND

After exposing the characteristics that must have a legitimate criminal offense. I have come to the conclusion that there are some objects identified by doctrine that must be rejected. Confidence in the proper functioning of the public administration has to be rejected as the legal good protected by any offense against the public administration. Although this is an important aspect for the functioning of the public institution and has been identified as legal good by an important sector of the doctrine, it cannot be elevated to the category of such because it does not refer to an aspect of social reality, but to a collective feeling. Neither its injury is empirically verifiable. This is because although we can sense what behaviors cause distrust or trust but it is not easy to know exactly what the events produce such a level of distrust in the citizenship to apply the criminal offense. In addition, identify this legal good as legally protected object is counterproductive because it would avoid sanctioning conducts against the public Administration whose confidence level was very low. An institution with high level of

BIBLIOGRAFÍA

corruption and an absence of absolute confidence would be enough to affirm that the behaviors that attack the public institution do not have the capacity to injure the legal good. On the contrary, we could consider harmless behaviors those that remained outside the public opinion because the publicity is what would affect the legal good.

THIRD

The duties of the position have been largely rejected by the recent doctrine as legal goods of the offense against public administration. However, some of the arguments used have contributed to underestimating the importance of the administrative infringement of the duty to identify properly the legal good. The duty of the position cannot be the legal good because it does not provide any material criteria to support the criminal prohibition but its purpose could be. Therefore, in some circumstances the breach of the duty can be the injury of the legal good. The reason is that in a social and democratic State of law, the duties of the position are not related to duties of respect and decorum, but to the duty to guarantee the function of public administration in favor of citizens. Administrative and criminal offense are aimed at protecting the same legal goods and not to protect merely moral entities. For this reason, trying to eliminate the offense established in article 439 of the Spanish Criminal Code with the argument that it is only a disciplinary administrative infringement is questionable. Punish the same behavior in another sector of the legal system, does not make unnecessary and illegitimate the criminal prohibition. Just the opposite, it can even contribute to endorsing its social importance and show the negative effects of the social system.

FOURTH

The public function in general it is not the legal good of any offense against public Administration. This is a too abstract and all-encompassing concept that cannot be attacked by individual actions. Aware of the breadth of reality raised to the category of legal good some theorists have used some mechanisms to transform a criminal structure of abstract danger into injury structure. To do that, some authors invoke the Kuhlen's theory of the accumulation or the Schünemann's theory of legally intermediate goods. The main problem of these theories is that both of them are unnecessary if we identify as legal good a concrete aspect of reality.

The "public function" is not the legal good, nor generic nor specific, of any of the criminal figures provided for in Title XIX of the Spanish Criminal Code, but the framework in which crimes take place. It is something that all the crimes against public administration share,

BIBLIOGRAFÍA

the same model of Administration which is established in the in article 103.1 of the Spanish Constitution.

Due to the same argument of lack of concreteness also is not the concept of “general interest” (purpose that satisfies the institution) the legal good of any offense against public Administration. Although it is not a concrete concept, there are some clear aspects about it that will be useful to know. The general interest must be legally stipulated and its satisfaction is incompatible with the persecuting personal or private interests.

FIFTH

The legal goods of the crimes against the public administration are specific aspects or Principles aimed at ensuring the function of satisfying the general interests that the public administration has as an institution. Some of them are contemplated in the Constitution. In addition, its violation causes important dysfunctional effects in the social system. The constitutional perspective is not incompatible with the functionalist.

Good evidence of the importance that the constitutional legislator gives to the Principles of law in the field of public Administration is the role assigned to them in the Constitution. In fact, the importance of these is greater in the Public Administration than in the Administration of Justice. This is due to the different functions recognized to the different institutions in the Constitution. Administration of justice is subject to the rule of law but Public Administration is subject also to the general principles of law. The reason is that in the field of public administration governs the discretion, so the public institution have to be controlled not only by law, but also by the principles. Thus, judicial activity is subject only to the law. On the contrary, administrative activity is subject to the law and the right (Including general principles of law).

SIXTH

The constitutional principle most identified by doctrine as legal good of the crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants is the impartiality principle. This is because the crime tries to sanction the conduct of a subject who officially acts in a matter with the intention of procuring an interest for himself. Although it is a constitutional principle, its postulates are difficult to distinguish from other similar principles such as objectivity or neutrality. Neutrality is not a principle contained in the Spanish Constitution and refers to the prohibition of the political nature of public administration. For its part, objectivity and

BIBLIOGRAFÍA

impartiality are similar. Thus, doctrine asserts that the principle of impartiality is a manifestation of that of objectivity principle but refers to the personal conduct of the official. Therefore, it is generally claimed that the Administration has to act objectively and the official must be impartial. For this reason, the principle of impartiality, and not that of objectivity, has been the legal good mostly referred to by the criminal doctrine for crimes against public Administration.

The principle of impartiality refers to the idea that public officials carry out their function according to criteria of general interest without interference of private ones. It is a guarantee for citizens that their affairs will be treated by the Administration in a non-arbitrary way, but on an equal footing. Impartiality in the public Administration is a precaution that takes place in the procedure of a public decision. It is a procedural guarantee of satisfaction of the general (interests that the Administration pursues satisfies). For example in Rawls' theory of justice impartiality also plays an important role. Without an impartial procedure provided by the “veil of ignorance”, we cannot say that the solutions to which citizens arrive are fair. Only in a hypothetical scenario in which the citizens do not know who they are, their interests, their physical or psychical qualities, their fate in life, etc., they can take fair decisions.

SEVENTH

The main problem with the principle of impartiality as legal good is not its formulation, because it's pretty clear in the doctrine. The main problem with legal good is when to consider that its injury has occurred. Many authors have considered that this constitutional principle is abstract and impossible to be attacked by individual actions. But if this were so, impartiality could not legitimately be legal good of any offense. Contrary to what these authors point out, impartiality can be injured by individual actions. In my Judgement, the damage to the principle of impartiality appears when public official carry out an administrative action that can be labelled as partial. For example, the author issues a partial resolution, a vote, a report, etc. This is a damage to the function carried out by the Administration for the citizens.

In the doctrine, it is rarely doubted that an administrative decision injures the legal good but the issue is not so clear with other administrative actions. In fact, there are authors who consider that reports can not injure the impartiality as legal good. However, an administrative report in the administrative Spanish procedure very important and produces relevant effects on citizens. In addition, a partial vote, without issuing a resolution, produces an unequal treatment

BIBLIOGRAFÍA

of the citizen. From that moment the citizens do not compete in conditions of competitive concurrence. The conclusion is that not only the resolution can injure the legal good.

Another problem with regard to the injury of the legal good is to identify when an administrative action is partial. That is, detect when a subject in carrying out an administrative action has been influenced by private interests. The proof is difficult because is an aspect that remains in the mind of the official and must be deduced from objective data. To carry out this task Anglo-Saxon doctrine use the concept of conflict of interest. Conflicts of interest can be considered as situations of danger until the official goes further and clearly satisfies private interests. From that moment, there is no longer simply a danger, but an injury.

EIGHTH

Defined legal good and its injury, the next step is to say if the offense of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants is a crime of danger or injury. The conclusion is that we are before a crime of injury. This is because this crime punishes the conduct of a public official involved in a partial administrative behavior as issuing a report, a resolution, a vote, etc. In order to be able to affirm that the legal good has been injured it is not necessary that the decision adopted administratively is economically disadvantageous for the public institution. Nor is it necessary for the subject to pursue an economic benefit. What the crime requires, in order to say is a crime of injury, is the existence of a partial administrative action.

NINTH

Once the existence of a legitimate legal good has been confirmed, we can not automatically assert that we are faced with a legitimate criminal precept. Before that, it is necessary to analyze the penal precept based on other criminal principles. The principles of minimum intervention, Fragmentary nature of criminal law and subsidiarity principle, will play a much greater discriminatory role. The analysis of these two principles is important in our case because the very few authors and jurisprudence has been pronounced about the crime of Negotiations prohibited to public officials provided for in article 439 of the Criminal Code have been very critical with the provision of this offense in the Criminal Code. Probably one of the arguments that has been repeated most is that we are faced with a precept that contains an attack not sufficiently serious against the legal right and there are more effective measures to repress this kind of behavior in other sectors of the legal system. There are those who consider that this of behavior can be sanctioned by administrative law at a lower cost. It is for this reason that throughout my doctoral thesis I have carried out an analysis of this criminal offense through the

BIBLIOGRAFÍA

principles of criminal intervention, specially the so-called principle of minimum penal law (Fragmentary nature of criminal law and Principle of subsidiarity).

Both of them, fragmentarity and subsidiarity, have to be well differentiated. The fragmentary nature of criminal law is based on the idea that criminal law should be reserved to prevent seriously harmful behavior. It means that Criminal law is aimed at safeguarding the essential budgets for external social coexistence and its interventions are limited to the most intolerable attacks against these. On the other hand, the principle of subsidiarity or *ultima ratio*, try to seek other means of social control available before resorting to the use of criminal law. The principle of fragmentarity has an ethical content, while the principle of subsidiarity has an utilitarian nature and carries out a cost-benefit analysis. Due to its content of justice, the analysis of fragmentation takes on a greater weight and must be carried out before.

TENTH

As has been shown, the principle of fragmentarity has two aspects. The first of the two aspects has forced me to analyze whether the principle of impartiality is an essential interest for external social coexistence. I have answer to this question in an affirmatively because impartiality is fundamental for the administration to fulfill its constitutionally established purpose. A partial action by a public official involves placing a citizen in an unfairly advantageous position to receive an administrative benefit. This has ethical and economical consequences. It has ethical consequences because it produces an unequal treatment to the citizens. In addition, it has economical consequences. In order to set out these clearly, I have turned to the public procurement sector where most of the criminal behaviors occur and the negative effects of corruption are clearly visible. A Partial conduct (decision, report or vote) in this area causes in an adulteration of the contractor selection procedure, which usually results in a loss of efficiency in the contracting procedure. The Administration does not benefit from the existence of a real rivalry between companies of a certain sector, because a covert monopoly occurs. In an administrative procedure in which there is no competition, the Administration does not contract with the best company, the most qualified, the one which offers a better service, the better prices, but to which it arouses an interest to the subject making the decision. That is to say, the lack of impartiality leads to the elimination of all the advantages of the adoption of a competitive basis of award.

The second aspect of the principle of fragmentarity has forced me to analyze whether the criminal conduct under analysis is serious enough to deserve a criminal sanction. To do it I

BIBLIOGRAFÍA

have used the dogmatic concepts called “devaluation of action” and “devaluation of result” and I have concluded that the conduct contemplated in the article 439 constitutes a specific devaluation of action for different reasons. It implies an active violation of a fundamental duty of the public servant (the duty of abstention). It is also one of the most important duties of abstention, which prohibits the public servant from intervening in an administrative matter in which they have a personal interest. It has also been considered a serious behavior, although at a level below, to benefit a very close relative, domestic partnership or spouse. However, this behavior is not sanctioned by article 439.

Respect to the devaluation of result, the conduct also constitutes a qualified devaluation because it affects the legal good in the most serious way possible. The prohibited conduct constitutes an injury of it. After analyzing both aspects of the principle of fragmentarity, it can be considered that the existence in the Criminal Code of this offense is legitimate. But after this analyze it has been necessary to carry out a subsequent one, that of subsidiarity.

ELEVENTH

Once I have concluded that "in abstract" the behavior can be punished by criminal law, the next step has been to carry out a utilitarian analysis with the intention of knowing if the social legal system has other lower costs mechanisms of social control. The subsidiarity analysis is fundamental in the crime of Negotiations prohibited to public officials for two reasons. The first of them is because the few authors who have pronounced about this article they have reiterated that the space that the offense occupies in the legal system is already occupied by administrative offenses of prohibitions of contracting or abstention obligations. The second of them is because on several occasions the criminal courts have diverted offenses committed by responsible persons to the Administrative courts with the idea that the response in this area of law is more effective. In order to do this task, I have examined the criminal behavior to the light of the principle of subsidiarity in its external aspect, which seeks to clarify whether there are effective mechanisms (punitive or not) outside the criminal law. In addition, I have studied the internal aspect of this principle. Admitted the need to criminalize the behaviors included in the article, I have analyzed which of the available options yields a more favorable cost-benefit balance.

At the external level of the principle of subsidiarity, I have studied all the preventive measures existing, the general ones (Incompatibility and abstention-challenge laws) and the specific ones in public procurement. Moreover, it has been concluded that Spanish

BIBLIOGRAFÍA

administrative system don't avoid conflicts of interest and do not guarantee a desirable level of impartiality in administrative action. However, even if this sector of the legal system were more efficient, it is necessary to incorporate a system of penalties to intervene when the moral inhibition of the subject does not. Abstention is not enough to avoid harmful behavior, nor the possibility of annulling the administrative act concerning the criminal conduct. It is necessary to impose sanctions on those subjects who decide voluntarily to infringe the rules.

Consequently the next step has been to review all the sanctioning possibilities available in the Administrative law and the conclusions reached have been particularly interesting. It has been found that to deter these behaviors, the administrative system only has the Disciplinary law. However, Disciplinary law sanctioning regime is not suitable to deter from offenses against public administration. According to criminological data, the most common offenders of corruption crimes in Spain are the mayor and the councilmen. These figures are elected representatives (not civil servants) and the elected representatives are not subject to Disciplinary law. Another reason that explain why Disciplinary law as a mechanism of social control is a failure it is because is considered like a domestic sanctioning power not an independent one. That leads me to say that the only existing mechanism capable of imposing independent sanctions to corrupt politicians is Criminal law. Criminal law is an optimal mechanism to prevent and deter this behavior even if the wording of the article 439 of the Spanish criminal code is currently incorrect and confusing.

TWELFTH

Once I have accepted that Criminal law can effectively fight against this kind of behavior, I have studied what kind of sanction of this sector is enough to deter this behavior. After carrying out an economic analysis based on the few empirical studies on the subject, I have come to the conclusion that it is the prison sentence the most appropriate penalty. This is mainly due to the failure of other sanctions measures. Special disqualification for public employment does not deter from the commission of this conduct because period in the civil service of elected representatives is limited. Nor does the fine have a deterrent effect because these offenders have economic power. The prison sentence is the only one capable of achieving the desired deterrent effect, which is increased by its stigmatizing effect.

TIRTEENTH

After finishing the political-criminal analysis, I have carried out a dogmatic study of the criminal provision. Nevertheless, I have done before a historical study of the evolution of the

BIBLIOGRAFÍA

article 439. The main reason was trying to make a better interpretation of a very confuse provision. The need to do a historical study is due to the little interest that has aroused this precept in the doctrine and in the courts. We must not forget that the historical criterion is one of the criteria of interpretation of the norms.

After that I have been drawn into the following conclusions. In the first place, although initially the figure was configured as a modality of official fraud, the Negotiations prohibited to public officers offense lacks of a fraudulent character. Secondly, the legislative evolution of the provision has served to verify that not all legislative changes in the provision have improve its wording and its response to the social reality on which it intends to influence. This problem has been transferred to the courts, which on some occasions have qualified as Negotiations prohibited to public officials behaviors of different nature and content of the unjust. Therefore, even if the legislative reform of the Criminal Code carried out in 2010 minimally allows its application, the fact is that access to prohibited behavior was easier in 1973. Thirdly, despite the poor wording of the provision we can affirm that the objective of the legislator was always the same as today, to punish the conduct of a civil servant or public official who takes advantage of intervening officially in a matter by procuring himself a personal interest on it. This is the reason we can say that the criminal offense was always based on the breach of the duty of abstention administratively established.

FOURTEENTH

One of the main elements of the objective type is the offender because the offense under study is a statutory crime. Therefore, its adequate identification is fundamental to distinguish it from other criminal offenses.

The offender is the public official who intervenes in a matter officially with a suitable action to condition the sense of the decision adopted. The offender is a public official which officially intervenes in an affair having the duty to do so. This duty to intervene is established legally or customarily. The individual will take advantage of his obligation to issue a report, a vote or a resolution in a specific matter. In addition, its intervention must be sufficiently relevant for procure him an interest, so it must affect the decision specifically adopted. After a thorough research, I have come to the conclusion the main interventions in an administrative procedure that can be carried out by a public official are to issue reports and make decisions. Information activities consist on issuing technical reports, make proposals, give opinions, etc. A report, despite not being an administrative decision, is transcendental for the meaning of the resolution

BIBLIOGRAFÍA

issued even if its optional. This is because reports are issued in procedures where the officials who decide have a lack of technical knowledge. On the other hand, decisive interventions such as issuing a vote, if the decision is taken by a collegiate body, or issue a resolution, if the decision is taken by an individual body are the most important interventions. Undoubtedly, they are the ones that have greater importance, considering they affect directly to the bottom of the matter.

FIFTEENTH

The criminal behavior consists on intervening in a business or operation to obtain a participation in it. In contrast to most of the doctrine, I think it is a behavior of a finalist nature. The subject must not obtain the participation in an administrative matter, is a pursued goal. To appreciate the completed offense the offender must not issue a resolution, but to intervene in a matter with the intention to obtain a resolution in his favor. For example, in the field of public procurement, it is not necessary for the offender to have awarded himself the public contract, it will be enough to issue a vote or a report with that intention.

The reasons why we are facing a finalist behavior are two. First, in my opinion, the preposition "to", to which the criminal provision refers, indicates the existence of a subjective element of the unjust. Secondly, this interpretation is the most appropriate considering the protected legal good identified and the moment in which its injury occurs. The injury to the legal good "impartiality" does not occur only as a consequence of the issuance of an impartial resolution, but also when a report or a vote is issued. Therefore, punish only the public servant who takes a decision means not punishing other individuals who carry out criminally relevant conducts.

Taking into account what I have just explained, although the literalness of the provision does not expressly refer to, we faced an infraction of a duty of abstention administratively established, since it is clear that we are dealing with an offender who is involved in a matter in which seeks to procure himself a personal interest. This interpretation is endorsed by a systematic interpretation of the offense with respect to that provided for in article 440 of the Criminal Code, which punishes cases of self-contracting in the private sphere.

Having said that, the typical behavior of this article consists on intervening officially with the purpose of obtaining a participation in a business or an operation. Therefore, the verb on which the typical behavior falls is to intervene, not to participate, as it has been pointed out by a sector of the doctrine and jurisprudence. Consequently, there are behaviors that must be

BIBLIOGRAFÍA

left outside the application of the crime from *lege lata*. For example, they are apart from the offense under study those behaviors from a public official that consist on forcing an ordinary citizen to force him let him take part in his own company. Unlike what has been pointed out by a sector of the doctrine, prohibited conduct does not fall on the terms "to force or facilitate a participation in a business or a matter". Forcing is not the typical behavior of this criminal offense and, even if it were so, arguably this term could be interpreted in the sense of imposing or coercing another person. If the objective of penal precept were to incorporate another person, it should have made an express reference to him.

In my view, the allusion to "forcing or facilitating participation" does not refer to the typical behavior, but to the subjective element of the unjust. Participation is an objective that the active subject pursues but does not need to achieve. The joint appearance of both verbs, "force" and "facilitate", referred to the term participation. It allows to interpret them in a systematic way, being able to affirm that the mission of both is to regulate the level of difficulty that constitutes to the offender to procure himself a participation. However, the fact is that taking into account that participation is an objective that is not necessary to achieve, from *lege ferenda* the best option is to avoid the use of these two verbs and use one to verbs. The solution to the problem is to replace them by verb that combines the two behaviors.

Another important aspect pointed out about criminal behavior is that the benefit that the offender pretends (the participation in the matter) derives directly from his official intervention. For this reason, the precept refers to the participation in "such businesses or operations". That means that the conduct of issuing a report, a vote or a resolution, and not others, are the ones that should be suitable to provide the offender with a benefit. This is an aspect that distinguishes this criminal behavior from others without criminal relevance or even others that must be punished through other offenses. It will not commit the crime the subject that seeks an interest but not through a function of his position. Thus, we can say that we are faced with a public official who not only abuses the public job, but also the functions specifically assigned to it.

Likewise, there are out of the provision those cases in which the participation of the offender is not directly related to his official intervention in the matter, but to other circumstances or subsequent actions. Those behaviors in which the obtaining of the benefit comes disconnected from his official intervention. Thus, those behaviors in which the offender awards a contract to a company and subsequently acquires shares of the same one. Nor can the criminal offense be applied to the conduct of those individuals who favor private companies

BIBLIOGRAFÍA

from the public administration and then, once they have finished their function, they become part of the boards of directors of the companies (revolving doors).

SIXTEENTH

Regarding the field in which the offender must intervene, a sector of the doctrine has considered that he must do it in any economic matter, as a contract or a subsidy, because the terms "contract, subject, operation, or activity", to which the precept refers, should be interpreted in this sense. However, although it is true that the terms operation or contract have such monetary content, this content cannot be deduced from the terms "subject" or "activity". Therefore, it can be said that the offense of 1995 extended the scope of application of the precept to any matter of public administration. Consequently, the number of terms that incorporate the penal precept are unnecessary and confuse. In my opinion it would have been more than sufficient to refer to "administrative matter".

However there is one thing that must be taken into account the terms "business, subject, operation or activity" to which the criminal provision says, refer to all administrative activity. Nevertheless, the term "participation" used by the article 439 unnecessarily restricts the criminal offense. In my opinion, the subjective element of the unjust should allude to get any benefit or interest and not limit the provision in which the offender can obtain a participation. Regardless of that, the subjective element of the unjust is confused and should be completely reformulated.

SEVENTEENTH

The need to analyze in detail the subjective element of the unjust is determined by two reasons. In the first place by the use of many ambiguous and confusing terms. Secondly by the importance of this element occupies in the context of this offense. Participation, as an objective pursued by the official but not necessarily achieved, occurs when the offender awards the grant or contract to his own company through the issuance of a resolution. However, it should be noted that it is not necessary to wait for the offender to obtain a lucrative profit he intended or that the contract has begun to be executed the lucrative profit he intended. Moreover, unlike what a considerable sector of the doctrine has established, the participation pursued by the offender does not have to translate into an economical benefit, but could even lead him to a loss.

BIBLIOGRAFÍA

However, as I have previously advanced, the subjective element of the unjust suffers from a series of problems that make it convenient to reformulate form *lege ferenda*. In the first place the terms “forced or facilitated” must be eliminated because they are confusing. In the second, the verb participate also limit the offense and difficult its application so it should be eliminated. The term “participate” is consistent with administrative acts such as grants or public contracts, but not so much in the case of licenses or other favorable acts that may also interest to the public official. In my opinion, the legislator should replace the term “participation” with the broader concept of interest.

Another aspect to emphasize the subjective element of the unjust is that the participation that must be carried out by the offender will be "direct or by interposed person". This means that the participation will be sought by the offender for himself or through a leader or another individual who represents him. This leaves out of the offense behaviors in which the subject favors close relatives and which they have been considered equivalent in gravity. For this reason, form *lege ferenda* I consider in these cases of conflicts of interest, the literality of the provision should be extended to punish this kind of conduct.

EIGHTEENTH

Given the problems pointed out throughout the dogmatic analysis of typical behavior, The offense should be completely reformulated, avoiding unnecessary and confusing terms, and reconfiguring some aspects that have unnecessarily restricted typical behavior. The article 439 of the Spanish Criminal Code should be formulated in the following terms: "The offender who must intervene in an administrative matter does so with the intention of seeking an interest for himself or for the spouse or person linked to him by similar relationship or relatives by consanguinity up the fourth degree or affinity up the second, will be punished with the penalty..." Although apparently simple, this wording includes the most important attacks against legal good and is easier to understand.

NINETEENTH

The next problem, which has required a specific pronouncement, has been the concurrence problems. Dismissing the typical behavior of other similar criminal offenses was presented as an arduous but especially relevant task. The reason is that one of the main arguments to affirm that the criminal offense foreseen in article 439 should not be contemplated as an autonomous criminal offense in the Penal Code. The argument is there are already others offenses aimed at preserving the principle of impartiality (103.3 of the Constitution). Thus,

BIBLIOGRAFÍA

according to a sector of the doctrine, the criminal provision of a crime of prohibited bargaining to public officials becomes unnecessary because the typical conduct contemplated by it can be sanctioned through other offenses such as official fraud, bribery, influence peddling or prevarication.

However, the fact that different criminal figures prohibit attacks the same legal good is not a cause of illegitimacy of an offense if their approaches are different. Sharing the protection of the same legal good will simply imply that the object of protection is not the criterion of distinction between a criminal provision and another. For that task it will be necessary to take into account the particularities of the attack modality described in each of the crimes.

In fact, sharing the same legal protected object is a common phenomenon in the offenses against public administration. The main problem of carrying out the task of distinguish similar criminal offenses in the field of offenses against the public administration is the absence of doctrinal and jurisprudential theories that would justify the existence of a competition of rules or offenses.

TWENTIETH

The criminal offense under study have a number of points in common with the crimes of official fraud and misappropriation of public funds that have made it necessary to dedicate an epigraph to its distinction. In spite of that, these two criminal offenses have specific characteristics that make clear that the appreciation of one of them excludes the application of the criminal offense object of study. Mainly the difference is that these two precepts have a patrimonial content of which the crime of Negotiations prohibited lacks. Thus, the offense of misappropriation of public funds requires the production of a pecuniary damage for the public purse. On the other hand, the fraud does not require such damages, but this is the intention of the offender. In order to be able to apply the offense under study, the offender may not obtain an economic benefit and even the offender's decision may cause an economic damage to the Administration.

However, in a case of self-contracting or self-adjudication of a subsidy, it is not always easy to distinguish when we face a crime of Negotiations prohibited to civil servants or a crime of fraud or misappropriation of public funds, especially because the award of a subsidy or a contract always implies adjudication of money. For this reason, a number of indications must be identified. In my view, it reflects the intention to deprive public funds award with a contract

to a fictitious company or to a non-existent company. It also shows the intention to deprive public funds the conduct of "over-invoicing" the public administration, etc.

In case that it can not be inferred from objective and proven data some of the aspects that justify the intention to draw public funds, the offense of Negotiations could be appreciated if its requirements are met. If it is not possible to know if the price object of the contract was a market price or much higher, the offense of Public fraud or Misappropriation of public funds cannot be applied because there is no intention or injury to the public patrimony, so it could be applied the crime under study.

In fact, the distinction between fraud or misappropriation of public funds and Negotiations prohibited to public officials is not problematic. The difficulty is actually to delimit the crime of fraud from the misappropriation of public funds, because both of them have a similar patrimonial content, regulation and penalty.

TWENTY-FIRST

The delimitation of the offense of Negotiations prohibited to public officials and the offense of Prevarication is the most complicated concurrence problem and to which greater efforts have been devoted. The difficulty comes because of the fact that the decision that is issued in the offense of Negotiations prohibited to public officials is always an unjust decision and a prevarication decision. Therefore, both crimes overlap completely.

If a partial decision, proper to the offense of Negotiations prohibited to public officer, is always an unfair or prevaricating resolution is due to the fact that the legal goods of both offenses, legality and impartiality, maintain a close relation. Thus, legality in the area of public administration includes respect for both written law and general principles of law. In this sense, it can be said that the principle of legality is broader than objectivity and impartiality and includes both, strictly regulated powers and discretionary powers. This means that a partial resolution is always illegal but not every illegal resolution is always partial. This aspect of concreteness with respect to the superior principle of legality is what, in my opinion, makes it convenient to apply the crime of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants with preferential character to Prevarication when both converge.

Another argument for applying the offense of Negotiations prohibited to the public officer with preference is that the attack against the principle of impartiality that typifies the offense of Negotiations prohibited to public officials carries an additional gravity and danger

BIBLIOGRAFÍA

to the legal good in comparison with other attacks contemplated in the offense of Prevarication. It is morally worse to act for his own benefit (Negotiations prohibited) than for the benefit of other subjects such as distant relatives, party colleagues, etc. (Prevarication). In short, in case of concurrence Negotiations prohibited should be applied on a preferential basis.

TWENTY-SECOND

As I already indicated in the analysis of the offense, the reference made by article 439 to "forcing or facilitating a participation" do not refer to the behavior of the crime but as a subjective element of the unjust. The term "forcing" does not incorporate a commissive modality that implies to coerce or to force someone in a similar way of other offenses like bribery or influence peddling. Having said that, although most of the doctrine identifies concurrent offenses problems, in my opinion, they do not exist because they have been solved precisely by defining the criminal behavior.

In any case, it is advisable to clarify two aspects. In the offense of Negotiations forbidden to Public Officials and Civil Servants, the offender may try to have other members of the collegial body vote what interests him. With this objective, he can make a suggestion to another person, give a piece of advice or simply expose in front of the collegiate body the advantages of the project in which he is interested. This behavior is not the same of influencing another subject typical of the offense of influence peddling. Although it will not always be easy to distinguish them. For example, it is not the same to receive advice from a colleague as from the mayor of the town hall. A piece of advice of the mayor can be transformed into a typical influence of the influence peddling offense, that will depend on the circumstances of the case.

Regarding the concurrence with the crime of bribery, this is still less problematic than the previous one. When the offender carries out a behavior of request of exchange of favors tis should be classified as a crime of bribery. However, it can not be ruled out in practice, that there are situations in which both criminal types can concur. For example, a public officer may press or compel an individual to sell his shares to him and, once the official is part of that company, he awards subsidies or contracts in violation of the duty to abstain.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M.A. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos” en *Revista penal*, nº 18, 2006, págs.3-44.

ACALE SÁNCHEZ, M. “Lección 25. Delitos contra la Administración pública (II)”, en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016.

ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier. Barcelona. 2003.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, págs. 27-54.

AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972.

AMELUNG, K. “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.

ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria” en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Instituto Vasco de Administración pública. Bilbao. 1997, págs. 13-55.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº10, 1991, págs. 101-120.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Ilícitos atípicos*. Trotta. Madrid, 2010.

BACHMAIER WINTER, L. *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las Recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*. Aranzadi. Pamplona.2008.

BACIGALUPO ZAPATER, E. “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, *Documentación jurídica*, num37/40, vol 2,1983.

BALAGUER COLL, T. “La eficiencia en las administraciones locales ante diferentes especificaciones del output”, en *Hacienda Pública Española*. Vol 170, 2004, págs. 37-58. Disponible en internet en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/hac_pub/170_Eficiencia.pdf.

BERNAL BLAY, M. A. “El principio de objetividad en la contratación pública” en *Revista de Documentación Administrativa* nº 289, enero-abril 2011, págs. 129-150.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General* (corregida por HORMAZÁBAL MALARÉE, H. PPU. Barcelona. 1994.
- BENITO SÁNCHEZ, D. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel. Madrid. 2012.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General* (corregida por HORMAZÁBAL MALARÉE, H). PPU. Barcelona. 1994.
- BRAITHWAITE, J. “White collar crime”, en *Annual Review of Sociology*. Vol 11(1985), págs. 1-25.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR.L “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de administración pública*, nº 181, 2010, págs. 9-37.
- CASTRO MORENO, A. “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 22, 2005, págs. 5-35.
- CASTRO MORENO, A. *La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
- CASTRO MORENO, A. *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.
- CATALÁN SENDER, J. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*. Bayer. Barcelona. 1999.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte General*. Vol II. Tecnos. 2006.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2015, págs. 185-210.
- COCCIOLO, E. “Las mutaciones del concepto de “corrupción”. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, en *Revista de llengua i dret*, nº. 50, 2008, págs. 17-51.
- COCCIOLO, E “La regulación de la ética de los empleados y cargos públicos. Régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y códigos de conducta”. VV.AA. (ESPUNY I TOMÁS, M.J. y PAZ TORRES, O.) *Quince años de reformas jurídicas: (1993-2008)*. Dykinson. Madrid. 2009.
- CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

CORCOY BIDASOLO, M. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012, págs. 46-76.

CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo II*. Marcial Pons. Madrid, 2004.

CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Cedecs.Barcelona.1997.

CUGAT MAURI, M. “Lección 16. Negociaciones prohibidas” en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, págs. 585-604.

CUGAT MAURI, M. “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 16-07(2014), págs. 1-23.

DE LA MATA BARRANCO, N. y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. *Malversación y lesión del Patrimonio público*. Bosch. Madrid. 1995.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. “Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación” en VVAA. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (ARROYO ZAPATERO, L y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. Coord.) Vol II. Ed Universidad de Castilla la Mancha. Salamanca. 2001.

DE LA MATA BARRANCO “Bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*. Nº 17, 2006, págs. 81-152.Disponible también en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-17-3030&dsID=Pdf>

DE LA MATA BARRANCO, N. J. “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?” en *Eguzkilore*. Nº 23,2009, págs 245-259.

DELGADO GIL, A. *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

DELGADO GIL, A. “La nueva redacción del delito de participación indebida del funcionario en negocios (art. 439 CP) a partir de la LO 5/2010: la ampliación del sujeto activo y de la pena”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 78, 2011, págs. 37-42.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “El delito de tráfico de influencias”, en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Instituto Vasco de Administración pública. Bilbao.1997, págs 171-178

DÍEZ RIPOLLÉS J.L. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “La contextualización del bien jurídico protegido”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

DOMÉNECH PASCUAL, G. “La abstención en el procedimiento administrativo”, en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José Mª Boquera Oliver* (COORD. CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J.M.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. pág 409-464.

DONOHUE, J. “Economic Models of Crime and Punishment”, en *Social Research*, 74, nº2, 2007, págs. 379-412.

ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3 Auflage. J.C.B.Mohr (Paul Siebeck). Tübingen.

ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. “Fraudes y exacciones ilegales” en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Instituto Vasco de Administración pública. Bilbao. 1997, págs. 205-232.

FABIÁN CAPARRÓS, E. “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio” en VV.AA. (FABIÁN CAPARRÓS, E. coord.). *La corrupción aspectos jurídicos y económicos*. Ediciones Salamanca. Salamanca. 2000.

FABIÁN CAPARRÓS, E. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, E. “Lección 24. Delitos contra la Administración pública (I)”, en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas” en *La Ley*. 1997 t2, págs. 1.678-1.694.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad del riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en VV. AA. *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*. Colex. Madrid. 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Sobre la crisis del bien jurídico. Recensión a HEFENDEHL, R (ed.): La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2008.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. “Corrupción y delitos contra la Administración Pública” en VV.AA. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Vol III (FERRÉ OLIVÉ, J.C Dir). Ed. Salamanca. Salamanca, 2002.

FIANDACA, G y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale. Vol I. Prima edizione*. Zanichelli editore. Bolonia. 1993.

FIANDACA, G. Y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte speciale. Vol I. Quarta edizione*. Zanichelli. Bologna. 2007.

BIBLIOGRAFÍA

FORTUNA, F.S *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Guiffré Editore. Milán. 2010.

FRISCH, W. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.

GALLAS, W. „Abstrakte und konkrete Gefährdungs“, en *Festschrift für E. Heiniz*, W. De Gruyter, Berlín 1972, pág 171 y ss.

GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S. 12ª Ed. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 2015.

GAMERO CASADO, E Y FERNÁNDEZ RAMOS, S. 13ª Ed. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 2016.

GARCÍA ALBERO, R. *"Non Bis in Idem": material y concurso de leyes penales*. Cedecs. Barcelona. 1995.

GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*. Tecnos. Barcelona.1990.

GARCÍA ARÁN, M. “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 11, 1997, págs. 357-370.

GARCÍA COSTA, F.M. “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, en *Revista de Documentación administrativa* nº289 (enero-abril).

GARCÍA ESPAÑA, E. “Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (Los artículos 439 y 441 del Código penal de 1995”, en *Jueces para la democracia*. Nº 48, 2003, págs. 50-66.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho administrativo* Tomo I. Civitas. Madrid. 2015.

GARCÍA MEXÍA, P.L. “La ética pública. Perspectivas actuales”, en *Revista de estudios políticos*, nº 114, 2001.

GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi. Pamplona, 1997.

GARCÍA PÉREZ, O. *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*. Atelier. Barcelona. 2008.

GARCÍA PÉREZ, O. “Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código penal”, en VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1259-1280.

BIBLIOGRAFÍA

GARRIDO FALLA, F “La posición constitucional de la Administración pública”, en VVAA *La Administración en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980.

GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto de corrupción”, en VV.AA. *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. Pág45; FABIÁN CAPARRÓS, E. “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio” en VV.AA. (FABIÁN CAPARRÓS, E. coord.).*La corrupción aspectos jurídicos y económicos*. Ediciones Salamanca. Salamanca. 2000.

GIL GIL, A.” El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº6 (2000) págs. 103-138.

GILL HEARN, R. The role of education in changing corrupt practices, en VV.AA. (Ed. GAYCAR, A y SMITH, R.G.) *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar. Cheltenham (UK), Northampton(USA).201,

GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española: una visión desde la perspectiva de la integridad”, en VV.AA. *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters-Aranzadi. Madrid. 2015, págs. 37-105.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, en *Observatorio contratación pública* con fecha 12/11/2014. Disponible en internet en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, ponencia en la *Asociación de profesores de Derecho Administrativo (AEFPDA)* febrero de 2015.Disponible en internet en: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-863-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-X-CONGRESO-DE-LA-AEPDA-PROGRAMA-Y-PONENCIAS.aspx>;

GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública”, en VV. AA. (CASTRO MORENO, A y OTERO GONZÁLEZ, P. Dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Dykinson. Madrid, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, Función pública y Derecho penal*. Comares. Granada. 2000.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*(Dir. GONZALEZ CUSSAC, J.L.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1996, págs 13-49.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

BIBLIOGRAFÍA

GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

GREEN, S.P. “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury and Fraud”, en *Law and Contemporary Problems*, nº 75, 2012, págs. 33-59.

GREEN, S.P. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral sobre los delitos de cuello blanco*. Marcial Pons. Madrid. 2013.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC). *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Tirant lo Blanch y GEPC. Valencia, 2010.

GÜNTHER, H. L. Die Genese eine Straftatbestandes”, en *JuS*, 1978, Heft 1, págs. 8-14.

HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trotta. Madrid 2008.

HASSEMER, W. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia.1989.

HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45,1, 1992. págs. 235-250.

HAVA GARCÍA, E. “Lección 4ª. Prevaricación de los funcionarios públicos”, en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, págs 119-147.

HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Carl Heymanns Verlag. Colonia, Berlin, Bonn, Munich. 2002.

HEFENDEHL, R. “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.

HEFENDEHL,R. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, en *JA*, junio 2011, págs 401-406.

HEFENDEHL, R. “Churras y merinas o más de lo mismo. La prevención técnica y el Derecho penal”, en VV. AA, (VON HIRSCH, A SEELMANN, K. WOHLERS, W. (Ed. Alemana) ROBLES PLANAS, R. (Ed. Española)). *Límites al Derecho penal. Principios orientativos en la fundamentación del castigo*. Atelier. Barcelona. 2006, págs. 101-107.

HENNING, P. Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Defendants? , en *61Wayne Law Review*. Nº27 (2015).

BIBLIOGRAFÍA

IVANCEVICH, J.M.; DUENING, T.; GILBERT, J.A.; KONOPASKE, R. “Deterring white collar crime”, en *Academy of Management Executive*, vol. 17, No. 2, mayo, 2003, págs. 114-127.

JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. De Gruyter. Berlín Nueva York. 1993,

JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Iustel. Madrid. 2011.

JAREÑO LEAL, A. “La corrupción en la contratación pública” en VV.AA. *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. (Dir. JAREÑO LEAL, A.). Iustel. Madrid. 2014, págs. 149-158.

JAREÑO LEAL, A. *El delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 2015.

JAREÑO LEAL, A. “Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. (VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.; TEJEDOR BIELSA, J. Dirs) Atelier. Barcelona. 2015, págs. 517-536.

JESCHECK H.H/WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeinter Teil*. Duncker & Humboldt. Berlín. 1996.

KAHAN, D.M. y POSNER, E.A.: “Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 42, o abril 1999, págs. 365-392.

KAHLO, M. “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.

KAUFMANN, A. “Subsidiarität prinzip und Strafrecht”, en *FS. Für Heinrich Henkel, zum 70. Geburtstag am 12. Sept 1973*, Herausg. Von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York.

KINDHÄUSER, U. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Nº. 3, 2007, págs. 1-18.

KINDHÄUSER, U. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. N º1, 2009, págs. 1-19.

KUHLEN, L. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)“, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1986.

BIBLIOGRAFÍA

LASCOUMES, P. “Condemning corruption and tolerating conflicts of interest: French «arrangements» regarding breaches of integrity”, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, págs. 67-84.

LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en Derecho penal*. Tirant lo Blanch. Valencia.1992.

LAURENZO COPELLO, P. “Recensión a SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 12, 2003. págs. 441-456.

LAURENZO COPELLO, P. y MAQUEDA ABREU, M.L. *El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica*. Tirant lo Blanch.2017.

LOOS.F. “El bien jurídico en los delitos de cohecho” en *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, (Coord. AMBOS, K. y RADKE,H). Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2009.

LUZÓN PEÑA, D. M. “Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 del Código penal (comentario a la STS 29-5-1989)”, en *La Ley*, 1989 (4), págs. 416- 427.

LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016.

MADARIAGA VENEGAS, A.F. “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación”, en *Observatorio de la Contratación Pública (OBCP)*, publicado el 21/10/2013.Disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/recategoria.208/reلمenu.3/chk.30ae25908c7c5f9c4eeb8e0babfaf011>.

MALEM SEÑA, J. F. “El fenómeno de la corrupción”, en VV.AA. *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

MALEM SEÑA, J.F “La corrupción política” en *Jueces para la Democracia*, nº 37, 2000, págs. 26-34.

MANES, V. “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 2-1(2000). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html

MAÑALICH RAFFO, J.P. “La negociación incompatible como delito de corrupción. Estructura típica y criterios de imputación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 23, año 2015, págs. 94-105.

MARINA JALVO, B. *El régimen disciplinario de los empleados públicos*. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra, 2015.

MARIQUE, Y. “Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?” en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts*

BIBLIOGRAFÍA

of interest: a comparative law approach. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, págs. 85-112.

MARSCH, N. “El principio de objetividad en Alemania”, en *Documentación administrativa*, nº 289, 2011. Disponible en internet en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=10077&path%5B%5D=10490>.

MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*. Tesis doctoral. Dirigida por José Luis Díez Ripollés. Universidad de Málaga. Facultad de derecho. 2015.

MARTÍN PARDO, A. “¿Es realmente el artículo 320 del Código penal un delito pluriofensivo?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2016, págs. 1-27.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el "caso Barreiro")”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 (2), págs. 363-412.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”. *Revista de la Facultad de Derecho Pucp*. Nº 67, 2011, págs. 329-357.

MATARELLA, B.G, “The conflicts of interests of public officials: Rules, checks and penalties”, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, págs. 30-38.

MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en *La Ley*, nº 7382, sección doctrina. 2010, págs 1-20.

MESA VILA, M. “La desnaturalización del procedimiento negociado”, en el Observatorio de la Contratación pública.3/11/2014. Disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.174/recategoria.208/reلمenu.3/chk.819cbc9eb480e6aa67d03866e1bbff0d>

MESEGUER YEBRA, J. “El régimen jurídico de las incompatibilidades de los empleados públicos locales”. Seminario de actualización de la función pública. Disponible en internet en: http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Meseguer_Yebra_incompatibilidades.pdf

MESEGUER YEBRA, J. El proyecto de Ley de conflictos de intereses de los altos cargos de la Administración estatal, el deber de inhibición y las incompatibilidades “ex post”, en *Revista general de Derecho administrativo*, nº10, noviembre 2005.

MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del derecho penal*. Bosch. Barcelona. 1976.

MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*” en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 14, 1989-1990, págs 203-216.

MIR PUIG, S. “Nombramientos ilegales, negociaciones prohibidas y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función” en VV.AA. *Cuadernos de Derecho*

BIBLIOGRAFÍA

judicial. Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995. Consejo general del poder judicial. Madrid. 1996, págs. 305-336.

MIR PUIG, S. “Límites del normativismo en Derecho penal” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7-18, 2005. Disponible en la página web: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. Reppertor. Barcelona. 2016.

MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

MORALES PRATS, F. Y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Capítulo I. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos (arts. 404 a 406)”, en VV. AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi Thomson Reuters. Madrid. 2016, págs. 1645-662.

MORALES PRATS, F. Y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Capítulo V. Del Cohecho”, en VV. AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi Thomson Reuters. Madrid. 2016, págs. 1710-1756.

MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA. “Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, en VV.AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Thomson Reuters. Madrid. 2016, págs. 1795-1808.

MORELL OCAÑA, L. Dirección de la administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa, en *Revista de administración pública*, nº 156, 2001, págs. 23-58

MORENO MOLINA, J.A. *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Bomarzo. Albacete. 2006.

MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011.

MORILLAS CUEVAS, L. “Capítulo 51. Delitos contra la Administración pública (IX). Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función” en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. 20ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

MUÑOZ LORENTE, J. “Los delitos de tráfico de influencias. Situación actual y propuesta de reforma en la lucha contra la corrupción”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 4, marzo – agosto 2013, págs. 73-101.

NACIONES UNIDAS. *Convenio Contra la Corrupción*. Nueva York. 2004

BIBLIOGRAFÍA

NAVARRO FRÍAS, I. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Comares. Granada. 2010.

NIETO MARTÍN, A. “Conflicto de intereses y transparencia (art. 8)” en VV.AA. *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude* (Coord. NIETO MARTÍN, A. y ARROYO ZAPATERO, L). Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Salamanca. 2006.

NIETO MARTÍN, A.” De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas” en (NIETO MARTÍN, A Y MAROTO CALATAYUD, M. Dir) *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. De la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2014.

NIETO MARTÍN, A. “Lección XXII. Corrupción y abuso de poder (II)”. VV.AA. (GÓMEZ RIVERO, M. C. Coord). *Nociones fundamentales de Derecho penal Parte especial. Vol II*. Tecnos. Madrid, 2015, págs. 479-502.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas. Madrid. 1980.

OLAF. *Public procurement: costs we pay for corruption* Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU. Disponible en internet en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/pwc-olaf_study_en.pdf.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

OLAIZOLA NOGALES, I. *La Financiación Ilegal de los Partidos Políticos: un Foco de Corrupción*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*. Civitas. Madrid, 2007.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “Delitos contra la administración pública” en VV.AA. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M.). Atelier. Barcelona. 2015.

ORTS BERENGUER, E. “Lección XXXVIII: Delitos contra la Administración pública” (y II). Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública”, en VV. AA. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, págs. 657-677.

PALAU ROQUÉ, A. y DAVESA HERAS, F. “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”. *Revista española de Investigaciones sociológicas*, 144, págs. 97-126.

PALOMAR OLMEDA, A. “Buen gobierno: infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador” en VV-AA *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (GUICHOT REINA, E. coord.). Tecnos. Madrid. 2014, págs. 291-330.

BIBLIOGRAFÍA

PALOMO DEL ARCO, A. “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el Código penal de 1995. ¿Legalización de la contratación en interés propio?”, en VV.AA. (FERRÉ OLIVÉ, J.C Ed) *Fraude y corrupción en la administración pública*. Ed. Univ. Salamanca. Salamanca. 2003.

PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo. Vol II Organización y empleo público*. Open Ediciones Universitarias: Madrid; 2015.

PARIS, T. Is (French) continental law efficient at fighting conflicts of interests? VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T. *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Massachusetts, 2014,

PASTOR MUÑOZ, N. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, en *Indret*, nº4 (2006), págs. 1-16.

PERRON, W. “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 156, Nº. 4, 2009, págs. 219-234.

PICOTTI, L. *Il dolo specifico: un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*. Giuffré. Milán. 1993.

POLAINO NAVARRETE “Lecciones de Derecho penal Parte Especial “tomo II. Tecnos, Madrid, 2011.

PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2004.

PRIETO DEL PINO, A.M. “Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol” en VV.AA. *Cuadernos penales José María Lidón*. Deusto publicaciones. Bilbao 2008, págs. 91-122.

PRIETO DEL PINO, A.M. “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en VV. AA. NIETO MARTÍN, A.; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. BECERRA MUÑOZ, J. (coord.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons. Madrid. 2016, págs. 273-305.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos cometidos por los funcionarios públicos (III)”, en *Derecho penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

RAMPIONI, R. *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.* Giuffré. Milán. 1984.

RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

RANDO CASERMEIRO, P. “Derecho penal de la Administración pública y potestad disciplinaria de las administraciones públicas”, en POLAINO NAVARRETE, MIGUEL (Director): *Derecho penal de la Administración Pública*. Edición Digital @tres. Sevilla. 2012.

BIBLIOGRAFÍA

RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica. Madrid.1993.

REBOLLO VARGAS, R. “Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios”, en VV.AA. (ÁLVAREZ ARCÍA, F.J y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L Dir). *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

ROBLES PLANAS, R. “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A; SEELMANN, K; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de ROBLES PLANAS, R.) Atelier. Barcelona, 2012, págs. 19-48.

ROBINSON, P. H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quien debe sancionarse y en qué medida*. Marcial Pons. Madrid, 2012.

ROBINSON, P.H. y DARLEY, J. M. “*The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best*”, en *The Georgetown Law Journal*, 2003, págs.949-1002.

ROCA AGAPITO, L. “Lección XIV. Malversación” en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, págs. 493-550.

ROCA AGAPITO, L. “Lección XV. Fraudes y exacciones ilegales” en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, págs. 551-584.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons. Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Centro de estudios judiciales. Madrid.1994.

RODRÍGUEZ MORO, L. “Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el «caso Matas». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias”, en VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, págs.139-191.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Interés general, Derecho administrativo y Estado del Bienestar*. Iustel. Madrid. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La contratación del sector público como política pública”, en *La contratación pública estratégica* VV.AA (PERNAS GARCÍA, J.J. Dir). *La contratación del sector público como política pública*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2013.

RODRÍGUEZ PUERTA. M.J. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Aranzadi, D.L. Madrid.1999.

BIBLIOGRAFÍA

ROSE-ACKERMANN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Siglo XXI de España. Madrid. 2001.

ROSE-ACKERMANN, S. “Trust, honesty and corruption. Reflections on the State-Building Process” en *Archives of European Sociology* nº 42 (3), 2001, págs. 526-570.

ROSE-ACKERMANN, S. “Corruption and conflicts of interest”, en VV.AA (ED.AUBY, J. B., BREEN, E., PERROUD, T). *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*. Edward Elgar publishing. Northhampton, 2014, págs. 3-11.

ROSS, H.L “Law, science and accidents: The British Road Safety Act of 1967”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, enero 1973, págs. 1-78.

ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Grundlage. Der Aufbau der Verbrechenslehre. C.H. BECK. München, 2006.

SANCINETTI, M. A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. 1986(9) N°33 a 36, págs. 71-86.

SANCINETTI, M.A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* nº 39, 1986 págs. 877-889.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. 12ª Ed. Tecnos. Madrid. 2016.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 415 (1999), págs 1-6.

SEHER, G. “la legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

SEHER, G. ¿Puede ser “subsidiario” el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”, en VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de Ricardo Robles Planas.). Atelier, Barcelona, 2012.

SERRANO GÓMEZ, A. en *Curso de Derecho penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2015.

SCHÜNEMANN, B. „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungs-delikte“. *JA*, 1975, págs. 435-798, pág 798

SCHWEWIN, K. Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 83, No. 1 (2000), págs 30-51.

BIBLIOGRAFÍA

SGUBBI, F. “Los delitos contra la Administración pública. Reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano” en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, N° 2-5(2000). Disponible en internet en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-05.html

SIEBER, U. “Grenzen des Strafrechts. Das neue Forschungsprogramm”, en VV.AA (ALBRECHT, H, J., SIEBER, U., Hrsg) *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*. Duncker & Humboldt. Berlín.2006.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ J.M. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001.

SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares. 2003.

STORTONI, L. *L'abuso di potere nel diritto penale*. Milán.Giuffré ed. 1976.

STRATENWERTH, G. “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

TARÍN QUIRÓS, C. “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”, en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs. 67-82.

TERRADILLOS BASOCO, J. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* n° 63, 1981, págs. 124-149.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Sistema penal y Criminalidad internacional” en VVAA. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (ARROYO ZAPATERO, L y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. Coord.) Vol 1. Ed Universidad de Castilla la Mancha. Salamanca.2001.

TIEDEMANN, K. *Tabestandfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tabestandbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969.

UNDERKUFFLER, L. *Captured by Evil: The Idea of Corruption in Law*. Yale University Press. Londres, 2013.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid.1995.

VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*. N° 138. 2012, págs. 109-134.

BIBLIOGRAFÍA

- VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política*. Síntesis. Madrid. 2006.
- VILLORIA MENDIETA, M. “Principales rasgos y características de la corrupción en España”, en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs. 47-66.
- VILLORIA MENDIETA, M. “Conflicts of interest policies and practices in nine EU member states”, en *Corruption and democracy. Political finances, conflicts of interest, lobbying, justice*. Council of Europe Publishing. Estrasburgo. 2008.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J. “El delito de prevaricación del funcionario público”, en VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública. 1997, págs. 119-160.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. *Delitos contra la administración pública: un estudio crítico del delito de cohecho*. Comares. Granada. 2003.
- VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid. 2007.
- VOZMEDIANO SANZ, L.” Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito” en *Eguzkilore* nº25, diciembre de 2010, págs. 203-237.
- VV. AA. (LACURZ LÓPEZ, J.M y MELENDO PARDOS, M. coord.) “Lección 6. Delitos contra la Administración pública, y 2”, en *Tutela penal de las Administraciones públicas*. Dykinson. Madrid. 2013, págs 238-302.
- VV. AA. *Ley orgánica del Código Penal: trabajos parlamentarios Vol I*. Departamento de publicaciones de las Cortes generales. Madrid. 1996.
- WARE, G.T; MOSS, S; CAMPOS, E; NOONE, G.P. “Corruption in procurement”, en VV.AA. (Ed. GAYCAR, A y SMITH, R.G.) *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*. Edward Elgar. Cheltenham (UK), Northampton(USA). 2011.
- WOHLERS, W. “Derecho penal como *ultima ratio* ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en VV.AA. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*. (Ed. VON HIRSCH, A; SEELMANN, K.; WOHLERS, W. Ed. española a cargo de Ricardo Robles Planas.). Atelier, Barcelona, 2012.
- ZIMRING, F y JOHNSON, D.T. “On the Comparative Study of Corruption”, en *British journal of Criminology*. Nº 45 (6), Noviembre 2005, págs. 793-809.
- ZIMRING, F. “Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killings?” *The University of Chicago Law Review*. Nº 35.4 (1968), págs. 721–737

